



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

RAFAELA CAETANO PEREIRA DE LUCENA

A TEORIA DA FAILING FIRM DIANTE DOS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E LIVRE
CONCORRÊNCIA

Brasília

2015

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, autor de tudo que há de bom e de todos os passos que tenho trilhado, e neste momento, por me conceder a oportunidade de estar na Universidade de Brasília, sem ele esse sonho não seria possível.

A minha mãe, grande apoiadora que durante toda esta jornada esteve ao meu lado sempre me estimulando e confiando na minha capacidade, sei durante todo o tempo de nossas vidas você será minha maior e grande amiga. A minha avó, Maria Viana, minha maior inspiração, exemplo de vida e guia dos meus passos, certamente Deus a colocou na minha vida para mostrar a grandiosidade de suas obras, e o amor dele para com todos nós. A senhora é a expressão do amor. A minha querida tia Cristiane, que foi determinante nesse processo de escolha da minha profissão, grande advogada da família, e que até hoje continua sendo não só um estímulo, mas também, uma tia-mãe, como costuma dizer. Minha amada madrinha, pelo carinho, confiança e fé que deposita sempre em mim.

Meus grandes amigos, que em todo momento estiveram comigo desde a aprovação no vestibular até hoje, em especial, Guilherme Gama, Marina Ulian e Nidah Fawzi, Thiago Ito e Gustavo Valadares, o apoio de vocês foi fundamental.

A minha família, tios, tias e primos queridos, que acreditaram e continuam acreditando na minha jornada.

Meus Professores universitários, com os quais sempre tive excelente relação e sempre se mantiveram na posição de grandes mestres, abertos ao ensino, conhecimento e que nunca mediram esforços para que o processo de aprendizagem fosse de excelência. Um agradecimento especial a minha orientadora, professora Ana Frazão, pela paciência e dedicação, postura, classe e sem sombra de dúvidas potencial intelectual, exemplo dentro e fora da universidade.

E a todos aqueles que não foram mencionados, registro aqui meus agradecimentos, sem suporte de pessoas queridas qualquer batalha é impossível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

O princípio da livre concorrência. -----	1
Surgimento do direito da concorrência e a teoria da failing firm. -----	1.1
A proteção da ordem econômica no Brasil.-----	1.2
Os princípios da livre concorrência e preservação da empresa na Constituição de 88.-----	1.3
A teoria como defesa da empresa em crise e manutenção da estabilidade do mercado.-----	1.4
Aplicação da teoria da Failing Firm em jurisdições estrangeiras.-----	2
EUA. -----	2.1
EU -----	2.2
Papel do CADE em relação a instituições de proteção do mercado em outros países. -----	2.3
Casos Brasileiros. -----	3
Papel da teoria em momentos de crise . -----	3.1
A teoria como uma alternativa viável a Decretação de falência . -----	3.2
Considerações Finais. -----	4
Referências Bibliográficas. -----	5

INTRODUÇÃO

O cerne do presente estudo é analisar a teoria da empresa em crise no direito concorrencial a luz dos princípios constitucionais, voltando-se principalmente, para a observação dos atos de concentração realizados no Brasil, a partir da aplicação da *faling firm theory-FFT*.

Pela importância que possui para a atividade econômica e consequente manutenção do equilíbrio do mercado, a sobrevivência da empresa viável (viabilidade essa, em termos jurídicos e econômicos) mostra-se imprescindível. Isso porque antigos institutos, como o da concordata (instituto no qual os devedores buscavam um aumento do prazo para honrar suas dívidas perante credores, buscando reestruturar financeiramente e economicamente a empresa, durante este período de 24 meses, com objetivo de suspender ou evitar a falência) e o Decreto- lei 7.661/45 não eram suficientes para assegurar que a empresa recuperasse suas atividades e adimplisse com os seus credores.

Observa-se também a possibilidade da aplicação de normas do direito da concorrência em instrumentos próprios da legislação falimentar. É importante frisar os atos praticados no bojo dos processos de falência e de recuperação judicial ou extrajudicial os quais também podem configurar atos de concentração econômica cuja notificação é obrigatória ao CADE, nos termos dos art. 88 e 90 da Lei 12.529/2011. A Lei de Recuperação e de Falência prevê dois procedimentos destinados a salvar a atividade empresarial em crise, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial. A distinção entre eles está condicionada ao processamento, que no caso da recuperação judicial ocorrerá no Poder Judiciário, já a recuperação extrajudicial, o plano pode ser elaborado diretamente entre devedor e credores para, somente de maneira facultativa, ser levado à homologação judicial. Tanto na recuperação judicial, em que os meios a serem utilizados para reestruturar a atividade empresarial estão listados de maneira não exaustiva no art. 50 da Lei 11.101/2005, como na recuperação extrajudicial, o plano poderá conter a previsão de atos de concentração econômica cuja notificação é obrigatória ao CADE, nos termos da Lei de Concorrência.

Se a análise de mercado e de questões concorrenciais se demonstra dificultosa no processo de recuperação judicial, o uso teoria da *failing firm*, no âmbito do controle antitruste de estruturas, permite, de maneira satisfatória, por parte do CADE, a resolução do conflito entre os princípios da livre concorrência e da preservação da empresa. Isso significa dizer que a própria aplicação da teoria, confirma a legitimidade para o CADE analisar os atos de concentração econômica advindos de processos de recuperação e de falência.

A *failing firm defense* tem aplicação na promoção da livre concorrência, especialmente no controle de estruturas. Quando, em razão dos riscos à competição no mercado, uma operação econômica não teria sua aprovação recomendada, ou teria alguma restrição aplicada, os agentes econômicos tentam demonstrar que, naquele caso concreto, a situação de grave crise de alguma das empresas envolvidas impõe a análise do risco de saída dos ativos, bem como a comparação dos cenários futuros com e sem a realização do ato, de maneira que a concentração, por não ser a causa da deterioração da concorrência, possa ser admitida. Há aqui uma necessária interação entre os princípios da livre concorrência e da preservação da empresa.

Esta defesa é alegada por empresas em deficiência financeira que enxergam como única possibilidade de continuação um ato de concentração com uma firma concorrente. Os Atos de Concentração são operações empresariais que alteram ou podem vir a modificar a concorrência no mercado. De acordo com o artigo 90 da Lei 12.529/2011, constituem-se quando ocorre a fusão entre duas ou mais empresas, quando são adquiridas direta ou indiretamente ações, quotas ou títulos, quando ocorre a incorporação entre outras empresas ou quando se constitui contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Tal teoria sustenta uma defesa a uma notificação de um ato de concentração entre agentes concorrentes quando a empresa a ser adquirida se encontrar em situação de crise financeira e se demonstrar inevitável a saída dos seus ativos do mercado, caso o ato não seja aprovado.

Devido a grande importância da manutenção da empresa para a ordem econômica, o direito da concorrência também é alcançado, através da *failing firm*. A construção da concorrência, tal como se deu no Brasil, não pode ser entendida como simples meio de defesa dos mercados, para, além disso, serve como instrumento de preservação da sociedade e também das instituições democráticas. Disso se extrai a importância da sua relação com os princípios constitucionais, pois a repressão ao abuso do poder econômico está intimamente relacionada com o Estado Democrático de Direito, pois surgiu da preocupação com a proteção das liberdades e da democracia. Tal fato fica evidente na análise do art. 170 da Constituição Federal, que reza pela livre concorrência, como um dos princípios fundamentais da ordem econômica, bem como estabelece no artigo 173, § 4º, que a lei reprimirá o abuso de poder que objetive a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Por isso, o controle do exercício do poder econômico não pode ficar limitado apenas a critérios econômicos. Se um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é o de viabilizar que a política e a economia façam parte, mas não sejam os únicos instrumentos, da integração social, a Constituição deve

ser elemento central no papel de dar limites à política e à economia, dando a elas direção para a realização de seus princípios fundamentais.

Será no controle das atividades pertinentes ao direito da concorrência que a teoria da *failing firm* encontrará abrigo, porque em virtude da existência de empresa em crise, concentrações consideradas reprováveis ou de possíveis restrições encontram sua viabilidade, e possui como requisitos fundamentais : 1. Que não haja opções outras a fim de salvar o funcionamento da empresa; 2. Que não haja alternativa viável que seja menos competitiva, 3. Que a empresa adquirida esteja em iminente perigo de falência. Os supostos prejuízos, causados pela concentração restam mitigados diante da possibilidade de se aprovar a concentração de uma empresa em crise, que seria aquela inviável de recuperação sustentando-se na legislação falimentar aplicável, e que tenham sido procuradas alternativas menos anticompetitivas, anteriormente, e que caso não seja realizada a operação os ativos da empresa não farão mais parte do mercado relevante.

É exatamente neste momento que princípios constitucionais dialogam com institutos de mercado, isso porque o princípio da livre concorrência, o qual se apresenta como suporte do controle antitruste e o da preservação da empresa, fundamental para a legislação falimentar, encontram um espaço de troca, possibilitando uma análise diversa daquela que tradicionalmente se apresenta nos órgãos de controle. O objeto aqui é a empresa em crise e diante do conflito mostra-se imperioso ao operador de direito encontrar a solução mais plausível.

Apesar de se demonstrar como um instituto inovador das relações de concorrência, a teoria é pouco aplicada no âmbito do CADE e pouco estudada pela doutrina nacional, principalmente pelo fato de inexistir previsão normativa expressa de sua aplicação. Os julgados que serão apresentados sobre o tema evidenciam que a defesa vem sendo discutida, sem o devido embasamento teórico. Assim, a doutrina que constrói este trabalho aborda os princípios da livre concorrência e função social da empresa, do qual se extrai o da preservação da empresa, como mecanismos para o desenvolvimento da economia e por consequência, da dignidade da pessoa humana¹.

A premissa inicial será o conceito de democracia, no qual deve o direito da concorrência possuir diversos objetivos socioeconômicos², isso se deve ao fato de que mecanismos de concorrência possuem a importância de integração social e devem visar à participação de diversos agentes na economia,

¹ “ O princípio da função social, expressamente reconhecido pela Constituição Federal (art. 5º, XXIII e art. 170, caput), não pode ter outra finalidade senão a de estabelecer o compromisso da propriedade e da empresa com a dignidade, ressaltando os deveres que resultam para o proprietário e para o empresário (FRAZÃO, 2011, p. 188).

² “A política da concorrência em qualquer democracia, com um pluralismo razoável, não pode ser resumida a um único objetivo bem definido. Qualquer política de defesa da concorrência que visa a promover o bem- estar deve equilibrar múltiplos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos” (STUCKE, 2012, p. 624.).

promovendo não apenas a eficiência do mercado, bem como a sua dinamicidade, sustentados na promoção de direitos fundamentais.

As principais questões concernentes a este trabalho são: 1. Há viabilidade de aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro? 2. As estruturas nacionais permitem a formação do conceito de empresa em crise? 3. Qual a relação fundamental entre a teoria da *failing firm* e os princípios da livre concorrência e preservação da empresa? 4. Porque a teoria encontra solo fértil em economias estrangeiras e o mesmo não ocorre aqui no Brasil? 5. Qual seria o papel de importância, desempenhado pela teoria da *failing firm* nos momentos de crise?

Os principais instrumentos para análise, dentro deste trabalho, serão as decisões proferidas no âmbito do CADE, bem como, os entendimentos apresentados em sede de defesa da concorrência em outros países. É importante verificar se há ou não semelhança entre os sistemas e assim identificar os problemas da aplicação da teoria dentro do direito brasileiro.

O presente trabalho de conclusão de curso possui três capítulos de desenvolvimento.

O primeiro possui como discussão principal as raízes históricas da teoria da livre concorrência, como seu surgimento, abordagem já feita no Brasil, breve histórico da organização da ordem econômica no Estado brasileiro e o estudo dos princípios da livre concorrência e função social da empresa como pilares para a promoção da dignidade humana.

Já o segundo capítulo terá como fundamento o estudo da aplicação da teoria da *failing firm* em outras jurisdições para melhor comparação com os casos analisados no Brasil, a fim de se buscar as razões da baixa utilização no direito brasileiro, analisando também o papel do CADE no controle de estruturas quando comparado a outras instituições de proteção do mercado em outros países.

O terceiro capítulo busca estudar os julgados brasileiros, analisando o papel da teoria em momentos de crise, como se dá essa caracterização do momento de crise pelas instituições de controle nacionais, e a viabilidade da teoria não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas principalmente como uma alternativa efetiva em situações de grave crise da empresa à decretação de falência ou recuperação judicial.

Por fim, pode-se dizer que o objetivo do presente trabalho é o estudo de um mecanismo a mais na solução de conflitos concorrenciais, principalmente, sendo esta uma opção menos agressiva a estrutura da empresa, que impactaria em menor escala o mercado e por consequência o consumidor e a ordem econômica. A crise em uma empresa pode originar-se de diversos fatores, internos e externos, em como a sua caracterização variar entre órgãos de controle. O fato inegável é que ela precisa ser

controlada para que se reestabeleça o equilíbrio no mercado e é exatamente a viabilidade de uma alternativa pouco utilizada que será objeto do presente estudo.

1. O princípio da livre concorrência

1.1 O Surgimento do direito da Concorrência e a Teoria da Failing Firm

A preocupação atual, do direito da concorrência, tem sido em regular a competição promovendo a lealdade, *fair play*, possibilitando diversos enfoques e enquadramentos jurídicos. Mas uma observação se faz fundamental: o direito da concorrência de hoje não é o mesmo de suas origens. Isso porque ele tem sofrido mudanças qualitativas constantes, relacionadas aos meios de produção, que até mesmo confunde-se com a criação de novos ramos do direito. Este período predecessor, de construção do direito da concorrência tal como ele é hoje, será brevemente estudado no presente capítulo.

O ponto de partida seria a compreensão de que, há limites para a liberdade de mercado, e no ordenamento jurídico, o conteúdo dessa limitação, é dado pelo que a legislação determina. Assim, podemos dizer, que determinadas práticas são reprimidas, pois são consideradas prejudiciais a vida da concorrência como: acordos anticoncorrenciais, colusões, e práticas abusivas determinadas em posição dominante.

Examinando-se a base do direito da concorrência, observa-se que este é construído sobre dois pilares, na base o que se chama de repressão a concorrência desleal e no topo o direito antitruste. O primeiro analisa os comportamentos por um prisma individual, já o segundo por uma vertente mais social. Ou seja, uma se dirige diretamente ao dano que a conduta acarreta à vítima e a outra as práticas que tangenciam a ideia de concorrência e a estrutura de mercado.

Neste sentido, os princípios jurídicos tutelados são exatamente os mesmos, porém os interesses são cada vez mais diversos: a proteção do competidor direto, a proteção dos inúmeros participantes do mercado (prestadores de serviços, produtores, comerciantes e consumidores), do interesse coletivo na manutenção do mercado.

Da regulamentação corporativa – regulamentação da concorrência- passou-se à repressão à concorrência desleal – como mecanismo de proteção do direito de propriedade para depois chegar-se ao direito antitruste.

As formas de controle da concorrência desleal estão ligadas ao liberalismo econômico e até o seu advento, imperava o mercantilismo, aonde as corporações tinham fundamental importância, logo, não havia como se falar em direito da concorrência. (OLIVEIRA JÚNIOR, F. A. A. de, A p. 18)

É nos Estados Unidos que se encontra o berço da legislação antitruste, porque na segunda metade do século XIX sua economia sofreu importantes mudanças, principalmente em setores como transporte e telecomunicação, propiciando uma expansão do mercado. Ocorreu a formação de um gigante mercado consumidor nacional, o que favoreceu aos agentes econômicos para que se adequassem as condições de mercado e fizessem reduções de custos.

Trata-se de um momento instável para os preços nos quais as oportunidades de negócios eram diretamente proporcionais a ânsia que os empresários possuíam para competir e garantir a sua participação efetiva no mercado. Para isso, os agentes que já estavam estabelecidos no mercado agiam de maneira anticompetitiva, organizando-se em cartéis ou em trusts, com o escopo de alargarem ou manterem sua margem de lucro. Tal prática era prejudicial para o mercado como um todo, mas os pequenos produtores como fazendeiros e pequenas indústrias que foram os agentes relevantes para a criação de uma legislação com o mote de coibir a tal espécie de prática.

Foi exatamente a pressão criada por esses pequenos grupos que possibilitou que o Congresso Norte Americano aprovasse a iniciativa do senador Sherman em 1890, legislação essa que posteriormente foi nomeada de Sherman Act.³

No Sherman Act, merece considerações a Seção 1, na qual se proíbe contratos ou qualquer tipo de negociação que venha a restringir o comércio, assim como existe multa de prisão aos seus violadores. Também merece consideração a Seção 2 a qual proíbe a tentativa, prática ou acordos de monopólio. O que se pode extrair é que tal legislação cuida da fixação de preço, dos acordos de divisão de mercado e das práticas de monopólio, mas não das concentrações econômicas, que eram consideradas lícitas, apenas se não tivessem como objetivo o monopólio de mercado através de ferramentas ilícitas de competição.

Com isso nasce em 1914 o Clayton Act, o qual estendeu os cuidados competitivos do Sherman Act para atos de concentração econômica. O controle de estruturas e o controle de condutas são o centro da política de defesa da concorrência. Faz-se necessário lembrar que é também de 1914 a criação da Federal Trade Commission – FTC, uma agência independente cujo objetivo era fiscalizar as práticas

³ OLIVEIRA JÚNIOR, F. A. A. de, A empresa em crise e o Direito da Concorrência: a aplicação da teoria da failing firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília,. Orientador: Ana de Oliveira Frazão. p. 18 -21.

anticompetitivas e dividir com o Department of Justice-DOJ, órgão governamental, o dever de dar efetividade à legislação antitruste.

Na sua primeira década de vigência, o Sherman Act não havia sido regularmente aplicado, possuindo pequenas aparições como quando a Suprema Corte decidiu que a Trans – Missouri Freight Association (trust) era ilegal. No período entre guerras houve uma menor aplicação da legislação antitruste, sendo que apenas no pós-segunda guerra até os anos 70 que ocorreu sua intensificação no que tange aplicação e debate.

Momento marcante para o teoria da concorrência foi a Escola de Harvard, que possui uma visão mais “estrutural” do mercado, de tal sorte que compreende um mercado como não competitivo quando nele não estão presentes alguns elementos estruturais básicos para a livre competição. Assim, tal escola está mais preocupada com a estrutura de mercados oligopolistas, onde existem menos agentes econômicos e/ou produtos diferenciados.

Foi nos anos 70 que a escola de Chicago teceu críticas ao intervencionismo estatal antitruste e ocorreu uma redução da aplicação da política da concorrência.

Ambas as escolas foram de suma importância para a construção do direito antitruste e qualquer política da concorrência que se pretenda aplicar se sustentava nas ideias defendidas por um escola ou pela outras. Os objetivos do direito da concorrência vão para além da busca da eficiência ou do bem-estar do consumidor, sendo eles de caráter social, político, econômico e também moral, de forma tal que se assegure um processo mais igualitário e justo na política de defesa da concorrência.

Com um espaço mais consolidado, para a defesa da concorrência, que ocorreu a aparição da failing firm defense em 1930, no caso Shoe Co. v FTC no qual a Suprema Corte entendeu que não havia violação à seção 7 do Clayton Act caso a empresa estivesse em situação de crise e inviável para recuperação. Foi neste momento que tanto o DOJ, quanto a FTC, estabeleceu as condições necessárias para aplicar a teoria.

1.2 A Proteção da ordem econômica no Brasil

A expressão economia popular ganhou força com a Constituição de 1934, que em seu artigo 17 assim previa:

"A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e nacionalização das companhias de seguros, em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País".

Tal concepção nasceu em meio a uma política autoritária, com elementos socialistas em um capitalismo de Estado. Os seus efeitos não se perpetuaram pelo tempo e apenas resultaram na criação de mais um cartório, qual seja, o das seguradoras.

Após a revogação dessa carta, sucedeu-lhe em 1937 o artigo 141, que previa:

"A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e proscrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição".

Tal dispositivo foi regulado pelo decreto- lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, sendo concebido para além de uma legislação antitruste, conforme nas palavras de Nelson Hungria (que para além de doutrinador, era também autor do referido projeto):

"Pode dizer-se de modo geral, que o decreto lei n. 869 considera crime contra a economia popular todo fato que represente um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas. As entidades criminais que ele define podem ser assim classificadas:
a) monopólios;
b) artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular;
c) usura (pecuniária e real"

Com o processo de industrialização ainda prematuro, não houve solo fértil para a aplicação do chamado direito antitruste, o qual foi aplicado em apenas um só caso. No ano de 1945 é que a situação ganhou uma feição diferenciada, no qual se edita o decreto-lei n. 7.666 / 45, precursor do direito antitruste, sendo entendido como uma inovação considerável, visto que apresentava a criação de um órgão de controle, o chamado CADE.

Com o golpe de Estado de 29 de outubro, que ocasionou a queda da Era Vargas, foi revogado o decreto- lei 7.666/ 45, ficando a matéria do antitruste e dos crimes contra a economia popular sem qualquer tipo de regulamentação até o ano de 1951, quando foram editadas as leis 1.521 e 1.522, as quais estabeleciam um sistema administrativo de controle de preços restabelecendo em matéria de antitruste o que constava no decreto-lei n. 869 de 38, sendo essas leis as que criaram a COFAP, que foi a antecessora da SUNAB e CIP.

Com o advento da lei 4137 de setembro de 1962, o país passou a ter não apenas uma legislação antitruste como também órgão voltado a sua aplicação, qual seja, o CADE. O primeiro regulamento da lei fora o Decreto n. 52.025 de maio de 1963. O artigo 148 da Constituição federal de 1946 assim sustentava:

A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros".

Foi dada grande ênfase a expressão “toda e qualquer forma de abuso de poder econômico” como forma de se dar maior extensão ao controle estatal. A lei 4137 parecia se enquadrar de forma cômoda ao diploma Constitucional, comodidade essa que não foi suficiente para gerar frutos na política de defesa da concorrência, de tal sorte que a referida lei permaneceu inoperante, seja pelos conceitos restritivos tanto para atos (na esfera concorrencial) ilícitos, seja devido à pauta econômica da época, fundada na criação de conglomerados empresariais nacionais.

Apenas com as mudanças de mercado ocorridas na década de 80 é que a legislação da concorrência encontrou espaço para melhor atuação. A abertura de mercado, redução do protecionismo, foram elementos fundamentais para que os agentes pudessem ter maior autonomia estimulando a concorrência entre as empresas.

Após a Constituição de 1988 que ampara o direito antitruste através da previsão da livre concorrência como princípio da ordem econômica, semelhantemente a Constituição de 1946, estabelece, no § 4º do artigo 173, que a lei deve reprimir todo e qualquer abuso de poder econômico que objetive a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1988). Neste período, foi promulgada ao longo do governo Collor, a Lei 8158/1991, que representou um renascimento da defesa da concorrência no Brasil. Concedeu-se à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) à responsabilidade pela investigação das condutas anticompetitivas e como a lei 41137/62 não havia sido revogada o CADE permanecia com as suas atribuições que anteriormente lhe haviam sido dadas, passando a ter atuação conjunta com a SNDE caracterizando certo hibridismo na política de defesa da concorrência.

Foi com o advento da Lei 8.884 que ocorreu a reestruturação da concorrência no Brasil. À referida lei transformou o CADE em autarquia federal conferindo-lhe maior autonomia administrativa e financeira, instituindo também o SBDC⁴

A partir deste momento, é que se pode falar amplamente de legislação antitruste no Brasil, a qual deixa de possuir aspecto meramente formal, para se tornar elemento constitutivo da ordem econômica brasileira. É nesse momento também que se passa a falar de controle preventivo de estruturas, passa-se a uma análise prévia que busca evitar a ocorrência de situações de cunho anticompetitivo diante de uma política anterior que prestigiava o controle repressivo, em um importante momento no qual o cenário se modificava em função da alta da concentração dos mercados. Trata-se de um período conhecido pela consolidação do controle de estruturas empresariais e do combate aos cartéis, bem como do aumento da importância do direito antitruste frente aos órgãos responsáveis pelo controle de mercado.

Em novembro de 2011 foi promulgada a legislação antitruste que hoje permanece em vigor, a Lei 12.529/2011, conhecida como “Lei do Super CADE”, devido ao aumento da estrutura administrativa da autarquia, e conhecida também pelas inovações na organização da política da defesa da concorrência, principalmente no controle das estruturas.

Diante de todo o arcabouço jurídico que envolveu a estrutura da concorrência no Brasil, não pode deixar-se de notar que mesmo que tal legislação tenha mais de meio século, o desenvolvimento econômico brasileiro se construiu cercado pela elevada concentração econômica, produção direcionada ao exterior, economia dependente do poder econômico, surgimento do mercado interno apenas com a industrialização e estratégias baseadas na atuação concertada entre Estado e setor empresarial, além da forte intervenção estatal na economia.

Partindo-se dessa estrutura faz-se necessário um estudo mais voltado para a Constituição de 1988, visando uma abordagem mais recente da política de defesa da concorrência, bem como a compreensão da atual abordagem principiológica que é utilizada na Constituição que visa o fomento da legislação antitruste e que por fim venha a permitir uma análise mais completa da *failing firm defense*.

1.3 Os princípios da livre concorrência e preservação da empresa na Constituição de 88

⁴ É composto pelo CADE, tribunal administrativo cuja função primordial é dar a última palavra, no âmbito do poder executivo, a respeito da política de defesa da concorrência, pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça- SDE, cuja atribuição é a instrução dos processos administrativos de condutas e pela SEAE- Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, órgão ao qual cabe instruir os processos de controle de Estruturas.

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 170, *caput* inciso IV, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e sua finalidade é assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, observado, também o princípio da livre concorrência. Isso traduz que, que as matérias tratadas no texto constitucional, no título da Ordem Econômica e Financeira, buscam, o disciplinamento do processo econômico, da atividade econômica, incrementando parte da ordem jurídica chamada de ordem econômica.

A Constituição cidadã, a qual está inserida em um contexto de Estado Democrático de Direito, estima não apenas pela realização dos objetivos impostos pelas normas jurídicas, mas também, que tais objetivos sejam perseguidos como um meio de se alcançar o bem estar do cidadão⁵. Este alcance é viabilizado, graças ao ambiente propício que é fornecido ao legislador para que melhor possa normatizar a ordem econômica, já que os princípios nela estabelecidos não constituem um todo fechado. Como consequência, os preceitos constitucionais podem carregar uma conotação diretiva, como acontece com aqueles que dizem respeito à ordem econômica e são eles dotados de cumprimento obrigatório (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1998. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.47) :

“A Constituição do Brasil de 1988 define um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia.”

E é justamente no rol constitucional do artigo 170 que se encontra o princípio da livre concorrência, âmbito de aplicação e discussão da *failing firm defense*. Tal princípio deve ser estudado em conjunto com o de livre iniciativa, pois este último está diretamente ligado à noção de liberdade e comporta, como fundamento, a ideia de liberdade econômica, estando relacionado a diversas outras formas de liberdade, como a política, intelectual, de opinião, artística, entre outras.

⁵ Neste sentido, Ana Frazão: “Com efeito, O Estado Liberal, preocupado com a garantia formal da liberdade, revelou-se insensível às desigualdades materiais que impediam as pessoas de realizarem os seus planos de vida. Já o Estado social, ao procurar assegurar a igualdade e a distribuição de bens e recursos sociais, desconsiderou os próprios indivíduos, gerando clientelismo ao invés de cidadania. O sentido essencial do Estado democrático de direito é o de possibilitar a realização da justiça social por meio da autonomia e da intersubjetividade que lhe é inerente. Para isso, a solidariedade precisa ser reinserida nas relações sociais e jurídicas, a fim de que os direitos e liberdades sejam compreendidos como instrumentos de emancipação do titular em compatibilidade com o igual direito à emancipação dos demais indivíduos.” FRAZÃO, Ana. Propriedade e empresa – função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin , 2006, p. 301.

Neste sentido, o princípio da livre concorrência, destacado do artigo 170 do texto constitucional, não se resume apenas à liberdade / possibilidade de se constituir uma empresa, já que o exercício da atividade econômica pode ser exercido de outras formas, como, por exemplo, através de outras instituições jurídicas, como as associações ou sociedades civis, trata-se portando da faculdade que o indivíduo possui de exercer a atividade econômica, sujeitando-se apenas às condições previstas em lei (GRAU, 2007, pp. 202 -204).

É na liberdade aonde também encontra amparo a livre concorrência, em especial, de competição. Aqui os agentes podem adotar práticas empresariais visando à ampliação de sua participação de mercado e aumentar seus lucros, não podendo fazer uso de práticas que venham a ser nocivas para o pleno funcionamento do mercado, como exemplo a concorrência desleal ou fazer uso de instrumentos que venham a deteriorar a concorrência.

O direito antitruste possui como um de seus objetivos principais, a proteção ao abuso do poder econômico, que também se relaciona com a livre concorrência, que têm como função limitar a livre iniciativa, para garantir sua própria sobrevivência, sendo, desta forma, uma das funções da livre concorrência moldar a livre iniciativa em prol do interesse público de preservação da atividade econômica.⁶

Desta forma, dentro de uma atividade de desenvolvimento econômico, a livre iniciativa, concorrência, preservação da empresa, não podem ser considerados fim em si mesmos. Assim, ao se aplicar os dispositivos da Lei 12.529/2011 e ocorrendo conflito entre o princípio da livre concorrência e outros concernentes à ordem econômica, não necessariamente há de prevalecer o primeiro. Assim, ocorrido o conflito, a própria Constituição em seu artigo 170 oferece o caminho de saída, deixando claro que a atividade econômica deve assegurar a todos a existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, resta claro, então, a fundamental importância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da empresa, com o fito de se solucionar a questão.

Além de fundamento basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana também se apresenta como finalidade da atividade econômica (ao citar no *caput* do artigo 170, “assegurar a todos existência digna”). Possui importante função rearticuladora, visto que permite a

⁶ Esse princípio não constitui um desdobramento do princípio da livre iniciativa, mas sim, seu complemento, sua limitação, a tensão valorativa que o calibra no contexto do sistema do discurso jurídico-positivo, visto que, no escopo do diploma antitruste, incorpora e sintetiza o quanto de social deve estar contido no exercício da liberdade expressa pelo ditame da livre iniciativa (...) Em outras palavras, o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre iniciativa por parte do agente econômico ou um grupo de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre iniciativa a todos os agentes econômicos. (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana de Oliveira. Direito Antitruste. 3 ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 62)

interação entre os vários elementos compositivos do ideal a ser buscado, ou seja, confere unidade de sentido aos demais princípios constitucionais⁷.

Princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana possui diversas dimensões e natureza polissêmica, sendo valor guia não apenas para a atividade econômica, mas também para a promoção de diversos valores fundamentais e de toda a ordem jurídica. E para que se compreenda a concretização da justiça social (no âmbito da atividade econômica) faz-se imprescindível o estudo do princípio da função social da empresa, o qual não se apresenta como um mecanismo que visa anular a livre iniciativa ou para inviabilizar inovações no plano empresarial, mas sim como um meio apto a sustentar que o projeto empresarial seja compatível com o direito dos diversos membros da sociedade de também concretizarem seus projetos de vida. É através da função social da empresa que o constituinte consegue condicionar diretamente o exercício da atividade empresarial à justiça social, razão pela qual o princípio deve se relacionar com todos os diversos princípios que compõe a ordem econômica, inclusive o da livre concorrência (FRAZÃO, 2011, p.193).

Então, não apenas para a realização da justiça social se orienta o princípio da função social, mas também para ampliar os objetivos da atividade empresarial, de tal sorte, que não fique focada apenas nos interesses do empresário ou dos sócios da sociedade empresária, buscando também, a proteção de interesses constitucionalmente protegidos e a proibição do excesso no exercício da livre iniciativa.

O princípio da função social da empresa é um princípio geral e implícito. Isso porque, não está expresso na Constituição Federal, decorrendo de uma interpretação doutrinária do princípio da função social da propriedade, o qual consta no artigo 5º, inciso XXIII e 170 III da CF. Partindo-se da ideia de que os bens de produção possuem função social percebe-se que a propriedade privada não é uma garantia em si mesma, mas sim um instrumento de proteção de valores fundamentais, que seve a garantia da liberdade individual, em como promove a igualdade social e a solidariedade coletiva.

Assim, em caso de eventual conflito envolvendo o princípio da livre concorrência, a solução deve levar em conta o caso concreto, visando o desenvolvimento da atividade econômica e através dela a promoção da dignidade da pessoa humana.

⁷ Neste sentido Ana Frazão: “As constituições democráticas vêm procurando destacar a importância da autonomia, em seu duplo desdobramento público e privado, por meio da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que traz em si a ideia ‘kantiana’ de que cada um tem o direito de decidir, de forma autônoma, sobre o seu próprio projeto de vida. O grande avanço é que, com a constitucionalização, princípio deixa de ter um valor apenas moral e passa a assumir a vinculação e a obrigatoriedade que são características das normas jurídicas.” (FRAZÃO, 2011, p.188).

1.4 A teoria da defesa da empresa em crise e manutenção da estabilidade do mercado.

A legislação da política de defesa da concorrência visa à proteção das instituições democráticas, protegidas constitucionalmente através da preservação de um mercado competitivo. , situação esta na qual os preços seriam o bastante para cobrir custos e garantir lucros, que não sejam excessivamente altos, assim como os agentes econômicos seriam motivados a inovar, mas não apenas no sentido de gerar uma nova tecnologia, mas também de estabelecer aprimoramento nos produtos, serviços e meios de distribuição que já estejam em funcionamento. Neste momento, entende-se então pela importância da intervenção do Estado, de tal sorte que venha a propiciar um ambiente de competição eficiente nos mercados.

O interesse na discussão a respeito dos objetivos a serem perseguidos pela defesa da concorrência possui para além de um interesse acadêmico, mas também prático, porque pode vir a contribuir com a aplicação na efetividade política, facilitar a transparência e a avaliação no que tange as medidas já efetivadas e evitar que diversos atores decidam de forma contraditória.

Alguns autores, como Posner⁸ consideram que somente a teoria econômica pode fundamentar bem uma política de defesa da concorrência de forma racional, da mesma forma que a busca por eficiência deve ser a meta exclusiva de toda e qualquer política antitruste. Vale lembrar que os juristas da escola de Chicago defendem que no longo prazo os mercados tendem a corrigir suas próprias imperfeições, assim como a entrada de novos competidores pode resolver a maioria dos problemas de competição.

A ideia de bem-estar do consumidor estava atrelada a eficiência alocativa, que serviria de ponte para conectar o primeiro a política de defesa da concorrência, sendo que o bem-estar do consumidor é um dos principais objetivos a serem alcançados através da política de concorrência.

Por outro lado, alguns autores, a exemplo dos estudiosos da Escola de Harvard, possuem uma visão mais “estrutural” do mercado, de tal sorte que compreendem um mercado como não competitivo quando nele não estão presentes alguns elementos estruturais básicos para a livre competição. Assim, tal escola está mais preocupada com a estrutura de mercados oligopolistas, onde existem menos agentes econômicos e/ou produtos diferenciados, do que a Escola de Chicago.

Ambas as escolas foram de suma importância para a construção do direito antitruste e qualquer política da concorrência que se pretenda aplicar deve se sustentar nas ideias defendidas por uma escola ou pela outras. Os objetivos do direito da concorrência vão para além da busca da eficiência ou do bem-

⁸ POSNER, Richard A. ANTITRUST LAW. 2. Ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.p.2-3.

estar do consumidor, sendo ele de caráter social, político, econômico e também moral, de forma tal que se assegure um processo mais igualitário e justo na política de defesa da concorrência.

Neste sentido, compreendida a importância da estrutura de mercado para a política de defesa da concorrência, bem como os objetivos perseguidos pela última, é importante frisar, no presente trabalho, a importância da avaliação de eficiências, pois quando os riscos para a livre concorrência forem altos o suficiente, as autoridades devem avaliar se de alguma maneira os benefícios advindos de uma concentração podem vir a superar os riscos.

Para isso é importante ressaltar que existem duas formas de eficiência, a produtiva e a alocativa. A primeira seria uma razão entre a produção e o custo de produzir, algumas concentrações horizontais ou integrações verticais, por permitirem a melhora de fatores como o desenvolvimento de novas técnicas para reduzir custos, ou utilização de forma racional da força de trabalho, acarreta a melhora da eficiência produtiva.

A eficiência alocativa, é uma construção mais controversa e teórica visto que se refere o bem-estar da sociedade como um todo. De acordo com determinada quantidade de recursos, qual é o tipo de arranjo que pode formar uma sociedade melhor, em termos economicamente mensuráveis. De acordo com a eficiência de Pareto um arranjo de recursos é o mais eficiente quando não existe qualquer alternativa para tornar a situação de um agente melhor, sem que seja piorada a situação de outro agente.

Porém, uma análise puramente econômica não convém a este trabalho, visto a necessidade de uma abordagem principiológica / Constitucional. O que não significa uma abordagem política da defesa da concorrência que poderia colaborar para o enfraquecimento dos princípios concorrenciais. Assim, entende-se ser indispensável para a análise da ordem econômica uma análise social da economia e de tal sorte, também para o direito da concorrência. A preservação da empresa é dos objetivos que devem ser relevantes para o direito da concorrência, principalmente em situação de grave crise a qual possa resultar na saída do agente econômico do mercado.

Nesse cenário apresentado são inúmeras as possibilidades e tentativas de se retornar a uma situação de estabilidade do mercado e é nesse contexto que surge a teoria da failing firm como uma alternativa de equilíbrio para os agentes atuantes. Não se trata de uma situação de empresa em falência, e independe da decretação da mesma e não está atrelada à verificação de procedimento falimentar. Nas palavras de Manoel Justino Bezerra Filho:

O empresário pode manter-se indefinidamente em situação de “falência de fato”, não passando desta para a situação de “falência de direito”, bastando, para tanto que nenhum dos credores se interesse por pedir a falência. Aliás, trata-se de situação bastante comum, sendo grande o número de empresários que, simplesmente, “fecham as portas” com dívidas e, mesmo assim, sua falência nunca vem a ser requerida. (BEZERRA FILHO, 2013, p. 230)

A situação de falência, que significa a crise da empresa em sentido jurídico é a que a exprime a pior realidade econômica da atividade empresarial. A lei de falências 11.101/ 2005 prevê a possibilidade de se decretar falência em duas oportunidades: 1. Quando há convolação da recuperação judicial em falência, na forma do artigo 73 e 2. Quando são praticados alguns dos atos previstos do artigo 94.

Para o estudo da empresa em crise (teoria da *failing firm*) faz-se necessário um afastamento dos critérios jurídicos de decretação da falência, para que se melhor possa conceituar a situação de crise empresarial. Vários outros ramos jurídicos podem corroborar para essa conceituação a exemplo da administração de empresas, que entende a situação de crise de determinado negócio a partir da avaliação de um diagnóstico financeiro, que é composto por uma análise de eficiência da atividade, do equilíbrio financeiro e também da rentabilidade⁹.

Desta forma, verifica-se o quão delicado é a conceituação de “crise” de uma empresa para a aplicabilidade da teoria da *failing firm*, isto por que é exatamente através da avaliação da administração de empresas e da contabilidade que esta condição será examinada, com o propósito de que a empresa cuja situação de insolvência seja eminente não venha a ocasionar situações anticompetitivas no mercado, através da sua impossibilidade de sobrevivência no mesmo. Ora, não se pode negar que a saída de um agente do mercado pode gerar abalos de diversas ordens, como ,por exemplo, desemprego em massa o que pode diminuir o consumo e sobrecarregar a previdência, desfavorece a competição (favorecendo situações monopolísticas), desequilíbrio de preços e por consequência desvantagens para o consumidor. Assim, a *failing firm* surge como alternativa legítima para a preservação da empresa, especialmente em um contexto no qual direitos fundamentais constitucionalmente protegidos podem ser prejudicados pela saída da firma do mercado.

Essa situação de crise vai ser determinante para a opção entre a aplicação da teoria da empresa em crise e a decretação da falência, a qual como já vimos opera-se em uma hipótese de alguma das presunções previstas na legislação falimentar, opção essa que seria a pior para uma empresa.

⁹ O equilíbrio financeiro é aquele que pode ser avaliado em um momento de curto prazo, no qual a empresa possui disponibilidade de fundos através da conversão de ativos circulantes em meios líquidos em momentos de vencimento das suas obrigações de curto prazo, quando a empresa demonstrar sua liquidez (para os contabilistas a avaliação da situação financeira de uma empresa é avaliar sua possibilidade de realizar pagamento de dívidas).

É neste cenário que o presente estudo busca elucidar a oportunidade da concentração no âmbito da empresa em crise, não como uma alternativa monopolística de mercado, como uma opção viável a manutenção da estabilidade de mercado e social em um contexto de crise, e que sem ela possivelmente as perdas sociais e econômicas seriam muito maiores do que os ajustes de mercado a serem feitos quando da escolha por este instituto.

2. A aplicação da teoria da failing firm em jurisdições estrangeiras.

Com o escopo de se buscar parâmetros que possam fornecer critérios de melhor compreensão do que é a teoria da failing firm no Brasil, é imprescindível a análise de casos em outras jurisdições, especial nos Estados Unidos, considerado o berço da teoria no mundo devido a seu avançar na legislação antitruste bem como a aplicação da teoria na Europa, devido à abrangência na região dos casos julgado pela Comissão Europeia e a quantidade de recursos nas operações analisadas.

É fato que, cada economia possui um grau de desenvolvimento e importância distintos tanto no âmbito interno como externo, o que tornaria inviável uma mera transposição de experiências para o Brasil, até mesmo pela relevante diferença do nível do direito antitruste em cada jurisdição. O objetivo é utilizar as diferentes abordagens como parâmetro para o estudo da legislação da concorrência no Brasil bem como da viabilidade da aplicação da teoria na realidade econômica brasileira. As peculiaridades de cada estrutura serão consideradas com o objetivo último de se melhor compreender o instituto.

2.1 Estados Unidos

Com um espaço mais consolidado, para a defesa da concorrência, que ocorreu a aparição da failing firm defense em 1930, no caso *Shoe Co. v FTC*. Houve o entendimento pela Suprema Corte de que não havia violação à seção 7 do Clayton Act caso a empresa estivesse em situação de crise e inviável para recuperação. Foi neste momento que tanto o DOJ, quanto a FTC, estabeleceram as condições necessárias para aplicar a teoria.

Foi no julgamento do caso *Citizen Publishing v United States*, em 1969, que a Suprema Corte norte-americana estipulou os critérios para a aplicação da teoria da failing firm, determinando a Suprema Corte que a teoria deveria seguir com critérios: 1. Que não havia opções outras a fim de salvar o funcionamento da empresa; 2. Que não há alternativa viável que seja menos anticompetitiva, 3. Que a empresa adquirida estava em iminente perigo de falência.

No Caso em questão, a Suprema corte decidiu que o ato de concentração (joint operating agreement entre Arizona Daily Newspaper, star e Citizen) ofendia o disposto no na seção 7 do Clayton Act, já que a situação econômico- financeira da Citizen não era tão grave a ponto de levar a empresa à falência, e, além disso, a corte entendeu que o fato de não haver alternativas mais viáveis decorreu da incompetência da Citizen na realização de uma oferta pública eficiente.

Após essa primeira delimitação da failing firm defense, os requisitos utilizados pela Suprema Corte foram posteriormente utilizados no Merger Guidelines, e aquele publicado em 1992, atualizado em 1997, o qual estabeleceu novas diretrizes para aplicação da failing firm defense¹⁰.

Assim, a empresa deveria ser incapaz de honrar com as suas obrigações financeiras no futuro, ou seja, deveria ser caracterizada efetivamente uma situação de grava crise que possa gera insolvência e também deveria estar caracterizada a impossibilidade da recuperação empresarial de acordo com as normas falimentares aplicáveis, devendo também ser investigada se não há alternativa menos anticompetitiva que a incorporação e por fim, na falta da operação, deve-se constatar se os ativos da empresa em crise realmente poderiam vir a sair do mercado relevante.

O objetivo procurado através da failing firm defense nos Estados Unidos foi precipuamente evitar os elevados custos com a transação que a falência de uma empresa exige. São diversos os “danos” resultantes da falência da empresa, dentre eles a saída de trabalhadores do mercado (desemprego em massa), credores ficam sem o seu pagamento, clientes e fornecedores restam sem seus parceiros comerciais de longa data e comunidades são interrompidas. Desta forma, o ato de concentração virá a evitar esses prejuízos, permitindo a manutenção da empresa no mercado, isso porque uma conduta que a priori seria considerada anticompetitiva se demonstra como a única alternativa viável a se evitar que a massa venha a sofrer lesões, assim o direito antitruste deverá receber uma nova compreensão, em favor da manutenção do mercado e da estabilidade social.

Alguns críticos apontam que se trata de uma teoria ampla que cuida de justificativas que não caracterizam vantagens competitivas e que possivelmente tais atos não viriam a preservar a livre concorrência. Além disso, a aplicação da teoria poderia vir a viabilizar a formação de monopólios e oligopólios de um determinado mercado à custa dos concorrentes.

¹⁰ Na versão de 19992, atualizada em 1997, o guia de análises de concentrações norte-americano já havia estabelecido requisitos para a aplicação da failing firm defense. Os quais eram : (1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) it would not be able to reorganize successfully und Chapter 11 of the Bankruptcy Act; (3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative failing firm that would both keep its tangible and intangible assets in the relevant markt and pose a less severe danger to competition that does the proposed merger; and (4) absent the acquisition, the assetd of failing firm would exit the relevant market (HOVENKAMP, 2005, P.554)

Em agosto de 2010 o DOJ e a FTC anunciaram uma nova edição do guia, com o mote de proporcionar mais exatidão no estudo de atos de concentração. No que tange esse novo arcabouço, ocorreram algumas mudanças, como a importância das restrições da definição de mercado, o que quer dizer a necessidade dos comandos de defesa da concorrência serem menos vinculados a uma delimitação do mercado relevante e com objetivo no estudo dos efeitos desvantajosos à concorrência que sejam resultantes da operação.

No atual guia, resta também expressa à previsão do uso da teoria do failing firm, os requisitos que foram acima explicitados foram mantidos¹¹. Por fim deve-se entender que (mesmo não sendo um dos critérios específicos para a aplicação da teoria) caso inexistente a operação, os ativos da empresa não operarão mais no mercado, mas isso deve ser considerado como uma consequência, visto que uma vez preenchidos os requisitos, a perda dos ativos da empresa é um resultado da crise da mesma.

Porém, independente da estipulação do que seja a teoria do failing firm e com a consequente restrição por parte do poder judiciário à (i) identificação de uma situação de grave crise e à (ii) inexistência de outra opção menos anticompetitiva, ainda assim, são poucas as situações em que a failing firm defense é suscitada, e da mesma forma, ainda menores são as situações nas quais, após realizado o procedimento investigatório, são aceitos os argumentos em prol da teoria.

No caso, a International Shoe Co. adquiriu em 1921, a majoritariamente do capital social da sua maior concorrente, a W. H. MC Elwain Company, empresa que se encontrava em grave crise financeira. Entendeu a FTC que a operação desrespeitava a seção 7 do Clayton Act, porque poderia vir a resultar em grande abalo para a competição no mercado de sapatos, vindo a reduzir a dita competição. Porém na análise do caso em 1930, a Suprema Corte decidiu pela legalidade da operação, sustentando o seguinte:

“Em caos de empresa com recursos escassos, com a perspectiva de recuperação bem remota e que enfrenta a probabilidade de uma falência, com o consequente prejuízo para seus acionistas e danos às comunidades onde suas unidades estão instaladas, a compra de seu capital por um concorrente

¹¹ A nova versão trata da temática, desta forma: “(...) a merge is not likely to enhance Market power if imminent failure, as defined below, of one of the merging firms would cause the assets of that firm to exit the relevant Market. This is an extreme instance of the more general circumstance in which the competitive significance of one of the merging firms is declining: the projected market share and significance of the market, customers are not worse off after the merger than they would have been had the merger been enjoined. The Agencies do not normally credit claims that the assets of the failing firm would exit the relevant market unless all of the following circumstances are met: (1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter 11 of the Bankruptcy Act; And (3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers that would keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger. (FTC, 2010, p.35)

(não havendo outro comprador potencial) , quando a finalidade não é diminuir a concorrência , mas facilitar os negócios acumulados com a compra, e com o efeito de atenuar outras eventuais consequências prejudiciais, não se vislumbra um prejuízo ao público, não se pode dizer que diminuirá substancialmente a competição ou restringir o comércio dentro da intenção do Clayton Act.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1930).

No caso, foi analisado o fato de que as sociedades competiam em 5% do mercado de atuação e que nos outros 95 % do mercado inexistia prévia competição à operação¹².

Em 1950, ocorreram alterações na legislação antitruste dos Estados Unidos e a failing firm foi defendida pelo Congresso Americano, porém não ocorreu sua previsão expressa.

O tema voltou a ser discutido no Caso United States versus Diebold, em 1962, pela Suprema Corte. Neste caso, foi suscitado como requisito para o uso da teoria a imprescindibilidade de que a empresa em crise seja irreversivelmente insolvente e confrontada com a falência iminente, assim como a empresa que venha a ser adquirente seja a única e potencial compradora (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1962). Neste caso, foi decidido como inviável a decisão do tribunal a quo que acatou aplicação da teoria da failing firm.

A Corte Distrital de Oklahoma, no caso, United States v. Reed Roller Bit Company, afastou a aplicação da teoria da failing firm. Nessa problemática, a AMF American Iron Inc. foi adquirida pela Reed Roller, o que ocasionou em uma alta centralização no mercado norte-americano. A Corte, utilizou como base o precedente International Show Co, afastando a incidência da failing firm da AMF American Iron Inc. , da mesma forma que compreendeu que não restou evidente que a Reed Roller Bit Company seria a única opção viável. No caso, a importância ficou evidente já que expressa os requisitos delimitados no precedente International Show Co. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1967).

No caso Citizen Publishing Co, versus United States, avaliou a joint venture entre dois gigantes do mercado jornalístico de Tucson, The Citizen e The Star, o que possuía um planejamento temporário de 25 anos e possuía critérios restritivos à concorrência. Os fundamentos sustentados com o objetivo de sustentar a operação foi a failing firm defense, devido à crise na qual se encontrava o The Citizen.

¹² “(...) enquanto uma porção da produção de cada empresa foi vendida nos mesmos estado, a produção principal de cada uma foi de fato vendida a uma classe diferente de revendedores, e encontrou seu caminho em mercados claramente distintos, de forma que em 95 % do negócio não existe concorrência de fato nenhuma contestação , ou tendência para contestar ,no mercado para os mesmo compradores , e, quando isso é eliminado , o que permanece é tão leve como consequência para privar a contestação de que não havia qualquer concorrência substancial entre as duas empresas , com algum apoio real nas evidências.

Mas, a Corte norte americana negou a tese, alegando que o caso carecia de dos elementos para a aplicação da teoria da failing firm¹³.

Como caso paradigmático, também se pode apontar o United States versus General Dynamics, julgado pela Suprema Corte em março de 1974, neste caso, a corte decidiu de acordo com a Corte distrital, legitimando a operação, baseado no fato de que ainda que não estivessem comprovados os critérios essenciais para a aplicação da teoria da failing firm, a continuidade da empresa em situação de crise no mercado não seria o suficiente para garantir a sua competitividade. Desta forma, realizou-se um estudo para o futuro, levando-se em conta a possibilidade da existência ou não da operação e depois disso entender pela sua legalidade, visto que operação não seria o motivo da supressão da concorrência¹⁴

Também houve argumentos pura e unicamente concorrenciais para conceder legitimidade a concentração, como foi o caso United States versus M.P. M, no qual a análise se fundou na probabilidade do negócio vir à falência e a ausência de outros potenciais compradores. Já em outros casos, a importância social do negócio foi elemento fundamental de análise, a exemplo do caso Granader Versus Public Bank, e neste caso, foi extremamente relevante o fato de se encontrar em situação de crise uma empresa financeira, visto que, a decretação da falência poderia vir a gerar danos não apenas ao mercado financeiro, mas também aos correntistas, ocasionando danos por fim, ao mercado consumidor.

2.2 UNIÃO EUROPÉIA

¹³ Decidiu-se: “As exigências da teoria da failing firm não foram cumpridas. (A) Não há indicação de que os donos do Citizen estivessem pensando em vender a empresa ou em extinguir o jornal, e não há nenhuma evidência de que o acordo seria a última alternativa da Citizen. (B) A doutrina da failing firm apenas pode ser aplicada se for estabelecido eu a empresa adquirente é o único comprador disponível. (C) As perspectivas para a empresa em dificuldades se reorganizarão por meio do Chapter X ou Chapter XI do Bankruptcy Act deve ser fraca ou inexistente para fazer a failing firm aplicável. (D) o ônus de provas que ocorreu o cumprimento dos requisitos da doutrina é daqueles que utilizam a defesa e isso não ocorreu no caso.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969³).

¹⁴ Necessário lembrar os casos em que a defesa da concorrência foi admitida Pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos: “ Em Granader v. Public Bank, 281 F Supp 120 (E.D. Mich. 1967), a defesa foi aceita porque a falência do banco poderia provocar prejuízo ao público, bem como porque as outras ofertas para aquisição dos ativos eram inaceitáveis; Em United States v. M.P. M, Inc, 397 F Supp. 78 96 (D. Colo. 1975), a defesa foi aceita quando a falência era quase certa e quando as tentativas de encontrar alternativas para a operação falharam; Em FTC v. great Lakes Chem. Corp, 528 F. Supp. 84 96-98 (N.D. Ill. 1981), foi aprovada uma fusão que poderia beneficiar a firma em falência, os seus acionistas e a economia” (HOVENKAMP, 2011, p. 602)

Através da Comissão Europeia¹⁵ é que se assegura o cumprimento das normas de direito no âmbito da União Europeia, dentre essas normas, também as de proteção à concorrência. Assim, através da comissão coíbe-se operações que possuam um cunho monopolístico ou qualquer outra que seja prejudicial a livre concorrência.

Nas opções feitas pela Comissão Europeia o fato relevante a ser considerado era precipuamente que a operação em questão, não fosse tida como precursora de uma ruptura da estrutura competitiva do mercado (conforme pode ser observado nos casos abaixo), em outras palavras, fundamental para a Comissão é que ficasse evidente que independente do ato de concentração a posição favorável do agente principal do mercado seria de qualquer maneira beneficiada¹⁶.

Os critérios utilizados para a aplicação da failing firm na União europeia são extremamente semelhantes àqueles utilizados pelas autoridades Norte- americanas. Caso não haja a operação, a empresa pode vir a entrar em uma situação de crise irremediável ocasionando a sua saída do mercado, visto que não possuirá recursos suficientes para adimplir com suas obrigações, sendo essa a solução para a possível insolvência da empresa, de tal forma que seja também a solução menos anticompetitiva para o mercado.

O primeiro caso foi o Kali & Salz- case (decisão de 14 de dezembro de 1993) no qual houve a aplicação da failing firm pela Comissão Europeia. A empresa em questão era uma subsidiária da BASF e adquiriu a MdK, empresa de naturalidade alemã. O negócio tratava do mercado de sal e de carbonato de potássio, sendo que era reconhecido a Kali Salz o monopólio do mercado de potássio. Ficou demonstrado que as chances da MdK vir à falência eram grandes e não existiam outros agentes com

¹⁵ Importante frisar a competência da Comissão Europeia. O órgão analisa operações que possuam a chamada “Community Dimension”, que seriam: ” (i) O Faturamento total a nível mundial (a partir de atividades normais e após os impostos sobre faturamento) de todas as empresas relacionadas à operação (no caso da aquisição de partes de empresas, apenas o volume de negócios referentes às parcelas que são objeto da operação será tido em conta, no que diz respeito ao(s) vendedor (es) for superior a 5 bilhões de euros (regras especiais aplicáveis aos bancos) e (ii) o faturamento de negócios a nível comunitário de cada um de pelo menos duas das empresas envolvidas na operação for superior a 250 milhões de euros , a menos que (iii) cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços de seu volume total de negócios em um único Estado- membro” (ECC, 2010 , p. 4)

¹⁶ Merece destaque o fato de que nem o Council Regulation EC n. 4.064/1989, nem a Council Regulation EC n. 139/2004, deram parâmetros para a utilização da failing firm defense. A definição da aplicação da teoria consta no guia de concentrações horizontais da Comissão Europeia, feito em março de 2004, o qual traz como objetivo principal do uso da teoria: “O requisito básico é que a deterioração da estrutura concorrencial do mercado após a operação não pode ser tida como causada por esta” (EEC, 2010, p.187). Além disso, também faz sua delimitação dos requisitos para a aplicação da failing firm: “Primeiro, a sociedade em falência poderia ser forçada a sair do mercado, em um futuro próximo, em razão de dificuldades financeiras, caso não seja adquirida por outra. Segundo, não existe uma alternativa menos anti- competitiva do que a compra apresentada. Terceiro, na ausência da fusão, os ativos da sociedade em falência poderiam sair, inevitavelmente, do mercado” (ECC, 2010, p. 187).

relevante interesse em sua aquisição e desta forma, caso a operação não fosse aprovada o mercado¹⁷ da MdK iria para a Kali Salz.

Outro caso emblemático, no âmbito da Comissão Europeia foi a BASF / Eurodial / Pantochim – case (datado de 11 de julho de 2001). Neste caso, a BASF pegou duas subsidiárias do SISAS Group, a Eurodial e a Pantoch, as duas atuantes na fabricação de produtos químicos. Eram mercados com elevadas barreira de entrada e após a operação o mercado ficaria concentrado em mais de 40 % para a BASF. Para a Comissão ficou claro as dificuldades financeira tanto da Eurodial e da Pantoch e de todo o SISAS group, assim como também restou evidente que não havia outros interessados na aquisição. Avaliou-se também, a questão dos ativos, os quais sairiam do mercado no caso da operação não ocorrer. Por fim, observou-se que os prejuízos ao mercado ocasionados pela aquisição seriam sensivelmente menores no caso da ausência da operação¹⁸.

2.3 PAPEL DO CADE EM RELAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES DE PROTEÇÃO DO MERCADO EM OUTROS PAÍSES

Neste primeiro momento, o que se procura com este tópico é fazer uma crítica ao posicionamento dos órgãos de controle brasileiros na postura ao tratar da failing firm defense. A análise de casos será deixada para outro momento, no qual será observado o comportamento decisório diante do caso a caso.

Para isso, vale lembrar-se da história do direito antitruste brasileiro, em especial quando comparado com outras jurisdições. Conforme foi demonstrado existe um lapso temporal entre o surgimento do direito da concorrência no Brasil e em outros países, a exemplo dos Estados Unidos. Isso se deve primeiramente, porque a cultura de “bussiness” custou muito a chegar às colônias. O pacto colonial serviu não apenas para fomentar a dependência da colônia em relação à metrópole, promovendo o enriquecimento desta última, mas principalmente para castrar qualquer atividade empresarial autônoma na primeira. Ora, sem atividade comercial pujante, não há necessidade de se regulamentar uma realidade inexistente e que não há sequer possibilidades de vir a existir. Segundo ponto, vale salientar, que mesmo após a independência, o Brasil permaneceu com uma economia

¹⁷ No caso, a expressão utilizada pela OCDE foi “Market share”. (OCDE, 2010, p.185)

¹⁸ Como casos recentes submetidos à teoria da failing firm, pode-se citar: (i) Em 2008 na Turquia Dogan Group assume a Vatan Newspaper; (II) Em 2009 no Reino Unido a HMV assume as lojas Zavvi; (iii) em 2009 nos Estados Unidos ocorreu a incorporação da entre a Scott & White Healthcare com Texas Based King’s Daughters Hospital; (iv) Em 2011 nos Estados Unidos a Hercules Offshore Incorporation incorporou os ativos da SeaHawk Drilling Incorporation.

baseada na manufatura, pouquíssimo diversificada, infrutífera para o surgimento da legislação antitruste. Muitos anos após o desenvolvimento industrial no Brasil é que se falou a respeito de direito da concorrência, ainda que muito timidamente, enquanto que em outros países a noção de concorrência já estava bem mais desenvolvida. O surgimento tardio de efetivamente um órgão de controle foi também fundamental neste processo, já que é imprescindível a presença do mesmo na análise de condutas anticompetitivas¹⁹.

Por ser um mecanismo de proteção da competição a teoria da failing firm só faz sentido em um ambiente no qual a legislação antitruste esteja, ao menos, bem encaminhada. Como esta última demorou muito para surgir no Brasil, sequer havia noção do que realmente seria failing firm defense. O resultado disto foi óbvio, como boa parte do nosso direito antitruste foi incorporado de outras legislações a failing firm também foi utilizada extraíndo-se de experiências estrangeiras.

Como o empresariado ainda possuía características embrionárias, em relação a outros países, o receio em se tratar de uma teoria, pouco utilizada e de certa forma ainda nova, em outras jurisdições, quase não se argumentava em favor da failing firm quando no momento de uma aquisição, até mesmo pela inexistência da noção do que seria a teoria da empresa em crise. Vale considerar neste momento que, não apenas os agentes ainda eram pouco competitivos no mercado, mas a legislação também ainda era pouco eficaz na defesa da concorrência, o que pode ocasionar em certa insegurança em uma situação apta a se sustentar o argumento pela failing firm.

Com um arcabouço normativo pouco desenvolvido, insegurança dos agentes em relação à legitimidade do argumento, um mercado ainda pouco competitivo, não houve espaço para que se regulamentassem os critérios para a abordagem da teoria da empresa em crise. Ora, como pode se dar critérios para aplicação da failing firm se sequer havia espaço para suscitá-la? Como consequência disso, a incorporação das bases doutrinárias e normativas foi total. Isso fica claro quando se observa que no Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE, não existe qualquer menção à teoria da failing firm, como também não há qualquer recomendação ou especificação para a sua aplicação. Para a sua aplicação o CADE tem utilizado das jurisdições estrangeiras.

Diante do contexto apresentado fica clara a razão da abordagem brasileira se demonstrar infrutífera. Isso se deve não pelo fato de ser um estudo obsoleto, ou uma teoria pouco eficaz, mas sim por ela não encontrar solo fértil para se desenvolver. Um mercado mais ativo, dinâmico, menos protecionista e que possua uma legislação favorável ao surgimento de novos mecanismos de defesa da

¹⁹ É relevante notar que a análise de condutas anticompetitivas só faz sentido em um cenário no qual se sabe o que é realmente “anticompetitivo”, e isso só pode se dar quando há efetivamente uma legislação que o determine.

competição são requisitos mínimos para que ferramentas mais eficazes possam operar no direito antitruste.

Com o advento da Lei 12.529/2011 cujo objetivo também é de reprimir e prevenir atividades anticompetitivas, preservando a livre concorrência, a teoria (apesar de não regulamentada em solo brasileiro) encontra espaço mais propício para a sua aplicação. É no artigo 88²⁰ que se encontram os atos cuja sujeição é obrigatória ao CADE.

Para a análise dos atos de concentração horizontal o parâmetro estipulado é dado pela resolução nº 02 de 2012 do CADE e o guia de análise econômica de atos de concentração horizontal da SEAE de 2001²¹

Através da estrutura- conduta – desempenho é feito um estudo dos impactos concorrenciais que determinada incorporação pode ocasionar, são cinco etapas realizadas pelo SBDC, entre elas²²:

²⁰ Conforme o disposto na Lei 12.529/2011: “Art. 88”. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e.

II - pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”

O conceito de grupo econômico é discriminado na Resolução nº 02/2012 do CADE, conforme *in verbis*:

“Art. 4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos”.

§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente:

I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e

II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente:

I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;

II – o gestor;

III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e

IV – as empresas integrantes do portfolio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.”.

²¹ Vale ressaltar que juridicamente falando há diferentes formas societárias que os atos de concentração podem possuir a exemplo das joint ventures, fusões, cisões, aquisição de participação acionária. Consórcios, alienação de bens intangíveis etc. e para a legislação antitruste não faz diferença a modalidade da operação empresarial, mas o que faz diferença é a influência que tal incorporação pode gerar no mercado da concorrência.

²² Ainda determina a lei da concorrência que poderão ser tomadas por legítimas concentrações que por razões da economia nacional e bem comum, mas para isso devem seguir ao menos três dos requisitos citados acima, e de tal sorte que não ocorra nenhum dano ao consumidor final.

1. Determinação do mercado relevante;
2. Determinação da participação e controle de mercado;
3. Possibilidade de exercício do poder de mercado ou estudo das categorias de entrada e rivalidade;
4. Análise das eficiências ocasionada pelas operações;
5. Avaliação dos custos e benefícios que serão transferidos para a sociedade;

Neste sentido, pode-se dizer que três são os papéis do CADE: 1. Preventivo; 2. Repressivo, 3. Educativo²³. Com funções semelhantes ao CADE existem órgãos de controle em outros países, a

²³ Neste sentido, o próprio CADE, dispõe:

1. “O papel preventivo corresponde basicamente à análise dos atos de concentração, ou seja, à análise das operações de fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos. Este papel está previsto nos artigos 54 e seguintes da Lei 8.884/94. Os atos de concentração não são ilícitos anticoncorrenciais, mas negócios jurídicos privados entre empresas. Contudo, o Cade deve, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, analisar os efeitos desses negócios, em particular, nos casos em que há a possibilidade de criação de prejuízos ou restrições à livre concorrência, que a lei antitruste supõe ocorrer em situações de concentração econômica acima de 20% do mercado de bem ou serviço analisado, ou quando uma das empresas possui faturamento superior a R\$ 400 milhões no Brasil. Caso o negócio seja prejudicial à concorrência, o Cade tem o poder de impor restrições à operação como condição para a sua aprovação, como determinar a alienação total ou parcial dos ativos envolvidos (máquinas, fábricas, marcas, etc), alteração nos contratos ou obrigações de fazer ou de não fazer.

Para facilitar a análise dos atos de concentração, bem como tornar o processo mais transparente, a Seae e a SDE editaram, em 1º de agosto de 2001, o Guia para Análise de Atos de Concentrações Horizontais, por meio da Portaria Conjunta nº 50. O Cade, por sua vez, regulamentou, por meio da Resolução Cade nº 15, de 19 de agosto de 1998, e de seu Regimento Interno, as formalidades e procedimentos desta espécie de processo, no âmbito da Autarquia

2. O papel repressivo corresponde à análise das condutas anticoncorrenciais. Essas condutas anticoncorrenciais estão previstas nos artigos 20 e seguintes da Lei nº 8.884/94, no Regimento Interno do Cade e na Resolução 20 do Cade, de forma mais detalhada e didática. Nesses casos, o Cade tem o papel de reprimir práticas infrativas à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras. É importante ressaltar que a existência de estruturas concentradas de mercado (monopólios, oligopólios), em si, não é ilegal do ponto de vista antitruste. O que ocorre é que nestes há maior probabilidade de exercício de poder de mercado e, portanto, maior a ameaça potencial de condutas anticoncorrenciais. Tais mercados devem ser mais atentamente monitorados pelos órgãos responsáveis pela preservação da livre concorrência, sejam eles regulados ou não.
3. O papel pedagógico do Cade – difundir a cultura da concorrência - está presente no artigo 7º, XVIII, da Lei nº 8.884/94. Para o cumprimento deste papel é essencial a parceria com instituições, tais como universidades, institutos de pesquisa, associações, órgãos do governo. O Cade desenvolve este papel através da realização de seminários, cursos, palestras, da edição da Revista de Direito da Concorrência, do Relatório Anual e de Cartilhas. O resultado do exercício deste papel pedagógico está presente no crescente interesse acadêmico pela área, na consolidação das regras antitruste junto à sociedade e na constante demanda pela maior qualidade técnica das decisões. “(disponível em < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?86b948d123f80f14e654e7>>).

exemplo da Federal Trade Commission – FTC²⁴, office of fair trade – OFT, no Reino Unido e Australian Competition and Consumer Commission – ACCC, na Austrália.

A FTC possui papel extremamente semelhante ao do CADE, tendo sido criada em 1914. Foi designada como órgão de controle através da mudança de um órgão executivo chamado de bureau of corporations (Escritório das Corporações), que foi criado em 1903. A analogia da funcionalidade ao CADE está presente na atuação da defesa da concorrência, bem como na fiscalização de práticas desleais e no abuso do poder econômico, funcionando como uma agência antitruste²⁵.

A diferença entre o CADE e a agência norte-americana é basicamente estrutural, visto que a FTC possui cerca de mil funcionários para analisar cerca de 300 casos por anos, dos quais pelo menos 220 são atos de concentração. O DOJ possui cerca de 400 funcionários para aproximadamente 280 casos por ano, e deles aproximadamente 175 são atos de concentração²⁶.

Porém, mesmo como uma diferença estrutural, o CADE obteve um crescimento – em termos de qualidade surpreendente, quando da colocação do CADE no ranking da GCR – Global Competition Review, que qualificou o sistema de defesa da concorrência no Brasil em uma menção de 2,5 estrelas em um máximo de 5, no ano de 2004, ficando com a vigésima terceira posição entre 26 concorrentes²⁷,

²⁴ A Agência federal norte-americana, cuida da defesa dos consumidores e da proteção à concorrência e que possui poderes de investigar com o fito de apurar práticas anticompetitivas, e também para analisar fusões e aquisições. Disponível em < www.ftc.gov >.

²⁵ Vale lembrar que houve ampliação nas funções da FTC, que passou a agir na defesa também do consumidor.

²⁶ Dados disponíveis em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65552006000200004&script=sci_arttext >

²⁷ Vale lembrar, o que foi levantado na pesquisa, para se garantir tal colocação, nas palavras de José Matias Pereira:

“a) Aspectos positivos apontados pela pesquisa. A pesquisa da GCR registra como relevantes a adoção de diversas ações pelos SBDC em 2003, orientadas para melhorar o combate aos cartéis e o julgamento de fusões e aquisições, apesar da pouca estrutura que o governo lhes concede. Destaca-se na avaliação as providências inéditas de combate aos cartéis, feita pela Secretaria de Direito Econômico, como ações de busca de apreensão de provas na sede de empresas e sindicatos suspeitos e a assinatura do primeiro acordo de leniência do Brasil (no qual a empresa confessa participação num cartel e consegue redução de pena); início de um procedimento simplificado para a análise de fusões e aquisições; e a criação de um *site* que permite o acesso às informações dos três órgãos do sistema. Na avaliação também foi considerada a independência política nas agências brasileiras, que se mantiveram alheias a pressões políticas e empresariais. As autoridades, por sua vez, estão sendo vistas de maneira mais positiva pelo público pelas mudanças e mostraram disposição para reforçar a atuação.

b) Aspectos negativos apontados pela pesquisa. Entre os aspectos negativos, a pesquisa indica que a burocracia continua **intensa**. O Brasil é visto como um país que pede informações em excesso às empresas antes de julgar as fusões e aquisições. A evolução do sistema brasileiro de defesa da concorrência continua a sofrer pelas **questões irrelevantes** feitas às empresas e pelo quadro **jovem e inexperiente** dos funcionários. A pesquisa observa que a criação de um plano de carreiras no Cade dará mais estrutura e melhores salários, e é vista como necessária para a evolução do sistema de defesa da concorrência do país. “(retirado do sítio: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65552006000200004&script=sci_arttext >).

enquanto que o sistema de defesa dos Estados Unidos, no ano de 2003, ficou no topo da lista, com a nota de 4,5 estrelas. Após dez anos desta avaliação, em 2014 o CADE se manteve entre as oito melhores agências antitrustes do mundo, recebendo a nota 4 em um máximo de 5, demonstrando sua superação em termos de qualidade.

Diante do fato exposto acima, há mais um motivo para que a agência brasileira assuma o compromisso com a aplicação da teoria da failing firm. É também dever das agências reguladoras zelar pelo Estado Democrático de Direito, de tal sorte, que hoje, o CADE notoriamente alcançou um nível maturidade e especialização não vista antes, o que demonstra sua aptidão para fazer uso de ferramentas diversas para a defesa dos diversos princípios da ordem econômica, em um mercado complexo, no qual o direito antitruste não pode ser reduzido a um único objetivo.

Esses elementos comprovam que, por mais que existam objetivos muito semelhantes entre essas instituições, ainda falta o CADE assumir uma postura mais ativa na adoção da teoria da empresa em crise em atos de concentração que a aleguem. Não pode o órgão responsável pelo controle da concorrência eximir-se da busca pela justiça social, a qual pode ser atingida por intermédio da repressão ao abuso da concorrência, permitindo que todos os princípios protegidos no artigo 170 façam parte das reflexões a respeito do poder econômico. Esta será uma conduta no sentido da constitucionalização do direito da concorrência²⁸.

3. CASOS BRASILEIROS

Pouquíssimas vezes o CADE fez análise de um ato de concentração tomando por base os princípios da failing firm defense. Talvez pelo fato de inexistir na legislação antitruste brasileira qualquer previsão normativa neste sentido, mesmo que em muito ainda se discuta a abordagem da teoria, que necessita de parâmetros na legislação nacional para ser tratado com mais frequência²⁹.

A primeira discussão que sustenta a teoria da failing firm defense no CADE se deu com o ato de concentração 0016/1994 que envolvia a Siderúrgica Laissa S/A e a Cia. Siderúrgica Pains, na qual a discussão foi pouco produtiva e a tese foi negada pelo Conselho.

²⁸ **FRAZÃO, Ana**; A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: Clemerson Merlin Cleve; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. 1ed.Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 155.

²⁹ Veja, não se trata de uma resistência apenas por parte da autoridade administrativa, mas também do próprio agente, que com muita dificuldade sustenta a tese em sua defesa.

O CADE aprovou parcialmente a operação , em março de 1995, e determinou que fosse desconstituído dos atos pertinentes à reunião da Cia Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau. As partes restaram inconformadas e formularam pedido de reapreciação ,sustentando o estado de insolvência da Cia Siderúrgica Pains³⁰, causada pelas dificuldades financeiras por parte de sua controladora, além da ausência de investimentos para o seu crescimento. Vale lembrar que ao resolver o pedido de reapreciação, o CADE não modificou seu posicionamento inicial, porém, por razões políticas, posicionou-se de forma mais branda no que tange a execução do julgado, e entendeu que a incorporação da Pains pelo Grupo Gerdau constituiria nova barreira a livre concorrência no mercado de aços comuns.

Uma nova discussão envolvendo a teoria da failing firm viria a ocorrer em dezembro de 1997 e envolveria a aquisição de ativos da Mendes Júnior Siderurgia S.A pela siderúrgica Belgo – Mineira e o argumento da teoria da empresa em crise viria a envolver a situação de insolvência da Mendes Júnior, porém o argumento não foi acatado pelo CADE, visto que não restou demonstrado que a aquisição da Mendes Júnior pela Belgo- Mineira seria a única alternativa viável para manter o funcionamento da primeira.³¹ Porém o ato foi aprovado, visto que de acordo com a compreensão do CADE, mesmo se desconsiderando o argumento da failing firm defense, pois essa operação promoveria mais estabilidade no mercado analisado.

No caso CELITE S.A e INCEPA, ato de concentração 0092/1996, de 15 de abril de 1998, foi argumentado mais uma vez pela teoria da failing firm defense, visto que a CELITE S.A estava em concordata, tendo o CADE rejeitado já que não restou comprovado que os ativos foram devidamente

³⁰ Em seu voto, o conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho afirmou :

“Acrescente-se que a alegação de que a empresa se encontrava em estado próximo à insolvência, em razão das dificuldades financeira enfrentadas pela sua controladora, não restou comprovada nos autos. O certo é que a Pains continua produzindo e, mesmo que se aceite a argumentação de que vinha carecendo de mais adequados investimentos para a sua expansão, não se pode inferir, tão e simplesmente, que a única alternativa viável para a sua sobrevivência seria a sua aquisição pelo Grupo Gerdau (BRASIL, 1995).

³¹ Neste sentido, o voto do Conselheiro Relator, Renault de Freitas Castro:

“A” SEAE, em seu parecer sobre o presente ato, considera que o argumento da empresa insolvente pode ser aplicado ao caso em questão, visto que a proposta de arrendamento feita pela Belgo – Mineira foi aceita porque outras propostas originárias da Açominas, Acesita, CSN e Usiminas, ou seja, provenientes de empresas fora do mercado relevantes em questão, não obtiveram êxito. Concluiu a SEAE, como já visto que a operação é passível de aprovação, considerando que a insolvência da MJS justifica a significativa elevação no grau de concentração do mercado relevante. Semelhante foi à conclusão da SDE, que, pelo mesmo motivo, considerou a operação sob a égide do artigo 54 da Lei 8.884/1994. De início, vale lembrar que o argumento da empresa insolvente é reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência nos casos em que as requerentes efetivamente demonstram que uma delas está em situação de insolvência e, ainda, que a outra detém capacidade econômica e financeira para impedir que os ativos da empresa insolvente deixem o mercado (BRASIL, 1997)

oferecidos a outros concorrentes. A operação foi aprovada sem restrições com o fundamento de existência de efetiva rivalidade, assim como a ausência de barreira à entrada.

No ato de concentração 0084/1996 de 12 de agosto de 1998, o CADE julgou a aplicação da teoria na operação de aquisição da Metal Lev S.A Indústria e Comércio pela COFAP – Companhia Fabricadora de Peças pela MAHLE GmbH. Tratava-se de setor de reestruturação global e o argumento da failing firm foi rejeitado, pois de acordo com a relatora do caso não ficou evidente que a Metal leve estivesse de fato, em situação de falência. A operação foi aprovada com restrições, já que alguns ativos da Metal Leve foram alienados.

Outro caso seria a aquisição da Baesa pela Brahma no ato de concentração 08012.007374/1997-34, julgado em 30 de setembro de 1998, sustentando que a Baesa estaria em dificuldades financeiras, argumento esse que foi rejeitado pelo CADE, alegando que não restou comprovada a ausência de compradores alternativos viáveis. A operação foi aprovada sem restrições.

Já no ato de concentração 08012.005205/1999-68 trata da compra da CASIL Indústria e Comércio S.A pela São Juliano Participações LTDA., julgado em 01 de junho de 2005. O argumento baseou-se no fato da CASIL atravessava dificuldades financeiras, porém a tese foi afastada, pois não foi demonstrado que a empresa estava inviável a ponto de impedir a aquisição de terceiros. A operação foi aprovada por outras razões.

Usou-se também a teoria da failing firm company com o fito de se aprovar a aquisição pela Votorantim Metais Zinco S/A dos direitos minerários da massa falida Mineração Areiense S.A, no ato de concentração 08012.014340/2007 -75, julgado em 13 de fevereiro de 2008. Pela primeira vez, o CADE acatou a tese pela teoria da failing firm defense, visto que para o CADE a empresa adquirida se inseria nos parâmetros para o sustento da tese, além disso, os efeitos da aquisição seriam benéficos para o mercado, argumentando-se que a empresa adquirida era um agente já falido³² tornando-se um

³² A aprovação do ato foi por unanimidade de acordo com o que foi sustentado pelo (então) conselheiro Luís Fernando Rigato, conforme se observa:

“ As requerentes defenderam a aplicação da teoria concorrencial da failing company para que o ato de concentração fosse aprovado, seguindo o rito sumário (...) A SEAE, seguida pelos Pareceres da ProCADE, acolheu essa teoria. No entanto, apesar da alta concentração, a SEA, após cuidadosa análise, entendeu que a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das requerentes era baixa, dadas as condições de entrada no mercado, a rivalidade entre os participantes e a possibilidade de importação, sob certas condições, proveniente de um número significativo de ofertantes internacionais. Além disso, a Secretaria entendeu que havia forte poder de barganha das siderúrgicas, setor que mais absorve zinco como matéria – prima. Considerando essas informações, somando ao fato de se tratar de aquisição de direitos minerários de uma empresa em fase de liquidação judicial (teoria da failing company), e, em especial, no qual houve leilão judicial com proposta apenas da VMZ, há de se considerar que é desnecessária a solicitação de maiores informações acerca do mercado, de modo que a operação deve ser aprovada sem restrições (BRASIL, 2008)

precedente no qual o CADE, verificou o preenchimento de todos os requisitos para a failing company defense, a qual foi aplicada³³.

Além disso, no ato de concentração 08012.000304/1998 -81, de 23 de julho de 2008, que objetivou a transferência dos ativos da Amadeo Rossi S.A para a Forja Taurus, que sustentou no ato a situação financeira pela qual a Rossi S.A atravessava, porém não foram encontrados dados suficientes para acatar a tese da failing firm defense. A operação foi aprovada, mas baseada no fato de que transcorreram 10 anos entre a realização da operação e a notificação do CADE, de tal sorte, que qualquer outra intervenção seria mais danosa à concorrência do que a operação.

Em 25 de janeiro de 2011, outro caso envolvendo a Amadeo Rossi S.A, mas dessa vez com a Companhia Brasileira de Cartucho – CBC foi suscitada a teoria. No ato de concentração 08012.007520/2009-62 as partes alegaram a failing division, correspondente a failing firm, porém entendeu o CADE que se tratava do declining Market. A tese foi rejeitada, pois não restou comprovado que existiam alternativas menos anticompetitivas à operação e também pela realização de lucros através da divisão. Entretanto a operação foi aprovada, sem restrições, em virtude de se tratar de um mercado em declínio, conforme foi dito acima, de tal sorte que não havia possibilidade de se exercer poder de mercado pela firma.

Por fim, é interessante tratar do ato de concentração 08012.004423/2009- 18, no qual se discutia a incorporação da Sadia S.A pela Perdigão S.A, resultando na empresa BRF Brasil Foods S.A. devido ao balanço líquido negativo em 2008 apresentado pela SADIA, comprometendo a sua capacidade de investimento. A teoria não surgiu como fundamento da decisão, até porque não foi sustentada expressamente pelas requerentes, pois a empresa alegou existir alternativas viáveis a operação e, além disso, restou demonstrado que a SADIA não se empenhou em alternativas que fossem menos danosas a concorrência. A crise financeira foi o argumento sustentado pela operação, que foi aprovada.

É importante frisar que não foram esgotados todos os casos e possibilidades de sustentação da tese da failing firm no presente capítulo. Trata-se de casos emblemáticos e suficientes para se compreender a postura do CADE frente a este argumento e principalmente perceber o seu alinhamento com os critérios que são adotados em jurisdições estrangeiras, em especial, nos Estados Unidos.

4. O papel da teoria em momentos de crise

³³ É importante ressaltar que a aquisição no caso era referente a uma massa falida, de uma empresa inoperante, e a teoria da failing firm não exige que a empresa esteja em processo de falência pra se considerar viável o sustento da tese pela failing company.

Conforme se extrai dos casos observados, existe uma linha de pensamento que nos orienta para os requisitos principais para a abordagem da teoria da failing firm. Nos Estados Unidos, após o caso *International Show Co.* estipulou-se como critérios para alegação da teoria da empresa em crise: (i) que a empresa alvo da concentração esteja em condição de grave crise; (ii) que a empresa seja inviável de recuperação sustentando-se na legislação falimentar aplicável, em tese; (iii) que tenham sido procuradas, anteriormente, alternativas menos anticompetitivas; (iv) caso a operação não seja atingida, os ativos da empresa não farão mais parte do mercado relevante³⁴.

Desta forma, conclui-se pela observação da aplicação da teoria em diversas jurisdições que o principal requisito a ser analisado é o da crise que venha a acarretar insolvência em um futuro próximo, pois a condição econômica – financeira da empresa é condição indispensável e propulsora para este tipo de concentração. Veja não se trata de qualquer espécie de crise, mas tão – somente a que venha ocasionar insolvência em um futuro próximo, ou seja, a saída da empresa do mercado relevante.

Este tipo de crise impede que a empresa possa honrar com as suas dívidas impossibilitando a sua sobrevivência, visto que inviabiliza o seu equilíbrio econômico –financeiro³⁵.

Devem os requerentes provar o cabimento da failing firm e a situação de grave crise que ocasione em insolvência é fator determinante para análise de todas as outras condições.

Assim, a failing firm defense é mais uma forma apta a solucionar a situação de grave crise em que os ativos da firma sejam retirados do mercado. Veja, esses ativos possuem um valor não apenas econômico como também social, e em atenção a eles, ela deve ser a opção menos anticompetitiva e ao mesmo tempo capaz de resolver a questão. Não se trata apenas de mais uma solução de crise, mas sim da única alternativa viável em um contexto de crise gravíssima, na qual a rejeição desta opção geraria danos muitos maiores do que a adaptação que o mercado virá a sofrer com a concentração.

³⁴ No caso europeu acrescentou-se um elemento a mais além dos descritos: “O requisito básico é que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração não pode ser apontada como causada pela fusão. É o que acontece quando a estrutura concorrencial do mercado se deteriora, pelo menos na mesma medida na ausência da concentração” (ECC, 2010, p.187). Desta forma de acordo com o Guia da European Commission deve-se acrescentar uma análise de causa e consequência entre a operação e as condições futuras do mercado.

³⁵ Neste sentido a ICN no seu guia de concentrações horizontais destaca alguns critérios a serem utilizados pelas autoridades de defesa da concorrência na constatação da failing firm: “Na maioria dos casos, a ausência de perícia financeira e contábil será necessária para detalhar as informações úteis a uma análise adequada da condição da empresa em crise e para avaliar o mérito do pedido; o histórico de informação financeira do negócio que é reivindicado como em crise deve ser procurado, de preferência informações sobre lucros, perdas e fluxo de caixa. Esta informação deve incluir o mais recente balanço e a análise das contabilidades oficiais mais recentes; A informação financeira em perspectiva também deverá ser solicitada, incluindo informações sobre a previsão para o ano corrente; deve ser dado mais peso a previsões produzidas antes da transação ou para outra finalidade e não produzidas exclusivamente para a autoridade da concorrência”. (ICN, 2006, p.68)

Assim, pode-se dizer que a failing firm defense serve ao processo de constitucionalização, na busca por parâmetros que possam conceder aplicação ao conjunto da ordem econômica constitucional, em especial, no seu íntimo diálogo com os princípios da preservação da empresa e da livre concorrência, de tal sorte que objetivem enfatizar a identidade do direito da concorrência, sem descuidar da sua função de regular o poder econômico com parâmetros adequados e suficientes. .

4.1 A teoria da failing firm como uma alternativa viável a decretação de falência

A aplicação da teoria da failing firm parte de dois pressupostos fundamentais que seriam critérios de eficiência sustentados através de valores econômicos.³⁶

Como consequência, um dos objetivos principais da failing defense é a defesa da livre concorrência, princípio constitucional, possibilitando na estrutura de mercado equilíbrio que permita os agentes competirem de forma tal a beneficiar a sociedade como um todo (veja, através do equilíbrio de preços, melhoria na qualidade dos produtos e benefício do consumidor). Há também a relação da failing firm defense com critérios mais sociais, apresentando soluções que nem sempre sejam tão eficientes do ponto de vista econômico, mas que objetivem uma maior estabilidade social³⁷

O princípio da preservação da empresa, que decorre da função social da empresa surge do entendimento de que a atividade econômica possui fundamental importância não apenas para os agentes econômicos, mas para a sociedade como um todo, envolvendo os trabalhadores, consumidores, Estado e a coletividade, assim seria viável compatibilizar a eficiência típica em um estudo antitruste para viabilizar a preservação da atuação da empresa no mercado.

Assim, compreende-se que a teoria da empresa em crise serve tanto a preservação da livre concorrência, como também ao princípio da preservação da empresa. Fica evidente o por que da

³⁶ De acordo com a ICN: “A concentração não é susceptível de criar ou reforçar o poder de Mercado ou de facilitar o seu exercício, se a falência iminente de uma das empresas envolvida na concentração faria com que os seus ativos saíssem do Mercado relevante. Em tais circunstâncias, a estrutura concorrencial após a fusão pode ser pior de que se a fusão foi bloqueada. Deve-se notar que o contrafactual – com a qual a situação pós – fusão deve ser comparador – não é a situação de pré – concentração, mas a situação que ocorre depois na qual teria saído do Mercado” (ICN, 2006, P.66).

³⁷ Há críticos deste tipo de corrente, a exemplo de Hovenkamp:

“A defesa está mais preocupada com a justiça contributiva do que com a eficiência. Assim conceituada, a defesa faz um trabalho pobre para alcançar o seu objetivo. Para ter certeza, a defesa da empresa em crise pode ser benéfica para uma empresa pequena, adquirida por uma empresa maior e salva da falência. No entanto, a aplicação da defesa da concorrência pode ferir gravemente uma pequena empresa que concorre com a empresa adquirida pela empresa mais eficiente.” (HOVENKAMP, 2011, p.600).

relação da teoria com o princípio da preservação da empresa, visto que, viabiliza a manutenção dos ativos da empresa no mercado (a incorporação é melhor do que ver o fracasso da empresa, especialmente para a sociedade como um todo, extraindo-se daí os investidores, funcionários, consumidores e as comunidades envolvidas, que serão diretamente afetadas com a concentração, ou com a falta dela.) o que beneficiará a sociedade como um todo (isso porque se fala aqui de um princípio decorrente da função social da empresa).

Além disso, não se pode dizer que , pelo fato de se exigir como critério que primeiramente se procure alternativas menos anticompetitivas que a teoria da empresa em crise será uma opção ineficiente. Isso significa que, a teoria da empresa em crise deve ser a escolha que menos seja danosa para o ambiente concorrencial, afastando hipóteses mais graves como a decretação da falência. O desafio neste momento é demonstrar o porquê de ser essa a alternativa menos anticompetitiva que ao mesmo tempo será aquela que atenderá ao princípio da preservação da empresa.

A aplicação da teoria da failing firm representa, então, um equilíbrio entre os custos que resultarão da incorporação para o mercado e as eficiências resultantes pela manutenção dos ativos da empresa no mercado. Eis aí a resposta para o questionamento apresentado no parágrafo interior³⁸.

³⁸ Nas palavras de Fernando Antônio:

“(...) Assumem-se quatro possíveis hipóteses: (i) a empresa em crise consegue se reabilitar e permanece exercendo sua atividade; (ii) a empresa em crise é adquirida por outros players não detentores de posição dominante que podem permitir a manutenção do Mercado em um patamar mais competitivo; (iii) a empresa em crise quebra e seus ativos são desmantelados, fazendo com que sua participação de mercado seja ou (iii) pulverizada entre os demais players, (iii) ou absolvida, de toda forma, pelo adquirente, já detentor de posição dominante; (iv) a empresa em crise é adquirida por agente já detentor de poder de Mercado, gerando um monopólio ou oligopólio.

Quando verificadas as hipóteses (i) e (ii) , não se justifica a adoção da teoria da failing firm , seja sob a perspectiva da preservação da empresa , seja sob o aspecto econômico e concorrencial. Isso porque essas alternativas, além de privilegiar a manutenção da atividade produtiva da empresa no Mercado, mantêm preservado o ambiente concorrencial, sendo, portanto, caminhos melhores para a higidez da ordem econômica do que a aquisição da failing firm pelo agente detentor de posição dominante.

A alternativa (iv) deve ser contraposta às alternativas (iii) e (iii). Quando são contrapostos o cenário (iv) com o (iii), deve-se admitir que, mesmo tendo como resultado final uma concentração considerável no Mercado, a aprovação da operação, com espeque na teoria da failing firm, pode ser melhor à concorrência do que deixar a empresa em crise quebrar, porque não é possível imputar a deterioração do ambiente concorrencial à aprovação da concentração, uma vez que essa deterioração ocorreria de toda forma.

(...) pode-se falar que, contrapondo-se o cenário (iv) com o (iii), vislumbra-se, com a aprovação da operação, a compatibilização da livre concorrência e da preservação da empresa.

Finalmente, a opção entre deixar a failing firm quebrar, com a possibilidade de sua participação de Mercado se absolvida pelos demais agentes, privilegiando-se um ambiente concorrencialmente saudável (iii), contraposta à aprovação da aquisição por uma agente já detentor de posição dominante (iv) apresenta um possível conflito entre a livre concorrência e a preservação da empresa. Isso porque o cenário futuro, considerada a aprovação da aprovação da operação, será, sob o ponto de vista concorrencial, pior do que o cenário que tem por base a falência

Assim, a failing defense se apresenta como uma solução para as crises empresarias que possam ocasionar perdas no mercado, permitindo que a realidade competitiva se mantenha entre os *players*, através da permanência dos ativos empresariais no jogo competitivo.

5. Considerações Finais

Por tudo que foi exposto, conclui-se que a experiência brasileira com a teoria da empresa em crise não se resume apenas em total cópia do que se passou em jurisdições estrangeiras. Peculiaridades históricas fizeram com que o Brasil possuísse uma forma própria de aplicar a failing firm nos casos que são levados ao CADE.

Com uma tradição do direito empresarial tardia, devido à arraigada estrutura do direito colonial, o Brasil encontrou grandes dificuldades para conceder uma legislação própria apta a dar segurança jurídica as suas indústrias nascentes. Esse foi um dos fatores que atrasou em muito o desenvolvimento pleno do mercado interno, e com isso impediu que as empresas que já existiam, ou viessem a surgir, se tornassem competitivas.

Após um longo período de maturação do direito empresarial, o que se observou foi o surgimento de um direito protecionista, com um Estado que balizava a vida industrial do país, impedindo que o mercado pudesse se ajustar de forma livre. Como consequência disso, o direito da concorrência, além de tardio se demonstrou ineficiente e inapto para garantir a eficiência dos mercados.

Além disso, em muito se falou de um direito da concorrência totalmente desconectado dos fundamentos Constitucionais. Principalmente pela ampla aceitação de pressupostos da Escola de Chicago, que sustenta a análise antitruste apenas em critérios utilitaristas de eficiência econômica. Por mais arraigada que tenha sido essa tradição, causa estranheza o fato de que anos após a promulgação da Constituição e com uma nova legislação da concorrência, este ramo ainda esteja imune ou indiferente aos debates envolvendo a ordem econômica constitucional.

da empresa em crise. Nesses casos, a reprovação da operação, sob o ponto de vista constitucional, não é a solução necessária.

(...) Tanto a livre concorrência quanto a preservação da empresa, aplicada a partir da noção de função social da empresa, são princípios que têm fundamento constitucional e que são importantes para o desenvolvimento econômico do país, motive pelo qual a autoridade antitruste brasileira deve, ao analisar esses casos, considere as peculiaridades concretamente apresentadas para decidir entre a prevalência de um ou de outro princípio, ou seja, se aprova ou não a concentração. Não há uma solução previamente estabelecida, mas existem critérios para nortear o operador do direito (...) ” (OLIVEIRA JÚNIOR, F. A. A. de. A empresa em crise e o Direito da Concorrência: a aplicação da teoria da failing firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência. 2014.p. 116).

Por isso, a tarefa de controlar o exercício do poder econômico não pode ficar limitada apenas a pressupostos econômicos. Se um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é o de possibilitar que a política e a economia façam parte, mas não sejam os únicos instrumentos, da integração social, a Constituição deve ser elemento fundante no papel de dar limites à política e à economia, concedendo à elas o norte necessário para a realização de seus princípios fundamentais.

A aproximação com a Constituição é ainda mais necessária diante da necessidade da repressão ao abuso do poder econômico a qual apresenta evidente relação com o Estado Democrático de Direito, até porque surgiu no Brasil através da preocupação com a proteção das liberdades e da democracia, além disso, é resguardado através de uma ordem econômica formada por princípios constitucionais vinculantes.

A premissa inicial da qual se partiu foi o conceito de democracia, no qual deve o direito da concorrência possuir diversos objetivos socioeconômicos, especialmente porque mecanismos de concorrência devem possuir a importância de integração social e devem visar à participação de diversos agentes na economia, promovendo não apenas a eficiência do mercado, bem como fatores que integrem o melhor funcionamento das estruturas de mercado, através da concretização de direitos fundamentais.

Por isso, o controle do poder econômico não pode ficar sujeito apenas a critérios econômicos utilitaristas, pois a Constituição tem o papel fundamental de dar limites à política e à economia, conduzindo-as para a realização de seus princípios fundamentais, pois a proposta de um Estado de Direito é justamente impossibilitar que a política e a economia sejam os elementos principais no papel de integração social.

A Constituição cidadã, está em um contexto de Estado Democrático de Direito, e busca não apenas pela realização dos objetivos impostos pelas normas jurídicas, como também, que tais finalidades sejam perseguidas como uma forma de se alcançar o bem-estar do cidadão. Este alcance é viabilizado, graças ao meio que é concedido ao legislador para que melhor possa normatizar a ordem econômica, já que os princípios nela estabelecidos não constituem um todo fechado.

Somente após a década de 90 é que surgiu o CADE com a configuração que se conhece hoje, momento no qual o direito da concorrência passou a ser efetivo. Muito antes disso, já se falava em failing firm defense no Estado Unidos e nada mais natural que no Brasil os critérios adotados fossem importados de jurisdições estrangeiras.

E mesmo após a consolidação do direito da concorrência no Brasil os ensinamentos da Escola de Chicago foram preponderantes na legislação antitruste. Pretendeu-se demonstrar que a abusividade do

exercício do poder econômico não estava necessariamente relacionada com a concentração do mesmo poder, pois se acreditava existir competitividade em mercados concentrados e até mesmo monopolizados. O objetivo primordial era a eficiência.

A Escola de Chicago encontrou dificuldades na definição do que viria a ser o bem-estar do consumidor e diante de várias controvérsias, restou evidente que a eficiência não poderia ser o objetivo último da política antitruste. Concluiu-se que diante do alto desenvolvimento da teoria econômica, nenhum método pode ser considerado absoluto para abarcar todas as preocupações.

Tal entendimento não deve condicionar a outra forma inflexível de política econômica. Dentro de um Estado Democrático de direito todas as relações de poder, incluindo o econômico, devem ser realizadas em conformidade com os direitos fundamentais, as garantias e os demais princípios constitucionais os quais por terem poder vinculante, não podem restar reduzidos a considerações de custo- benefício. É aí que entra o papel da failing firm como instrumento de concretização dos princípios protegidos constitucionalmente e que fomentam a realidade de mercado.

Nos Estados Unidos diversos foram os casos nos quais se admitiram o uso da failing firm, bem como na Europa, onde acrescentou-se um além dos três tradicionais critérios. Isso permitiu uma maior oxigenação dos mercados, além de permitir que os agentes tivessem uma ferramenta a mais para garantir-lhes a permanência de ativos no mercado econômico.

Na jurisdição norte -americana, foram estipulados como critérios para alegação da teoria da empresa em crise: (i) que a empresa alvo da concentração esteja em condição de grave crise; (ii) que a empresa seja inviável de recuperação sustentando-se na legislação falimentar aplicável, em tese; (iii) que tenham sido procuradas, anteriormente, alternativas menos anticompetitivas; (iv) caso a operação não seja atingida, os ativos da empresa não farão mais parte do mercado relevante

No Brasil, pela tradição protecionista de mercado e um direito da concorrência ainda jovem e prematuro, bem como um órgão de controle ainda recente e inexperiente resultou em um atraso em relação a outros países. Com isso failing firm foi pouquíssimo utilizada, primeiramente por insegurança da parte dos agentes (até mesmo pela ausência de sua regulamentação) e segundo pelo fato do argumento ser diversas vezes negado quando da análise de atos de concentração por parte do CADE, seja pelo descumprimento de um dos três critérios, seja por opções outras sustentadas pelas autoridades da concorrência.

Mesmo com diferenças estruturais, em relação a órgãos de outras jurisdições o CADE obteve um crescimento , quando da colocação do CADE no ranking da GCR – Global Competition Review, que qualificou o sistema de defesa da concorrência no Brasil em uma menção de 2,5 estrelas em um máximo

de 5, no ano de 2004, ficando com a vigésima terceira posição entre 26 concorrentes, enquanto que o sistema de defesa dos Estados Unidos, no ano de 2003, ficou no topo da lista, com a nota de 4,5 estrelas. Após dez anos desta avaliação, em 2014 o CADE se manteve entre as oito melhores agências antitrustes do mundo, recebendo a nota 4 em um máximo de 5.

O seu crescimento qualitativo resta como mais um motivo para que a agência brasileira assuma o compromisso com a aplicação da teoria da failing firm. É também dever das agências reguladoras zelar pelo Estado Democrático de Direito, de tal sorte, que hoje, o CADE notoriamente alcançou um nível maturidade e especialização não vista antes, o que demonstra sua aptidão para fazer uso de ferramentas diversas para a defesa dos diversos princípios da ordem econômica, em um mercado complexo, no qual o direito antitruste não pode ser reduzido a um único objetivo.

Desta forma, observou-se que na aplicação da teoria em diversas jurisdições que o principal requisito a ser analisado é o da crise que venha a acarretar insolvência em um futuro próximo, visto que a condição econômica – financeira da empresa é condição indispensável e propulsora para este tipo de concentração. Não é qualquer crise, mas apenas a que venha ocasionar insolvência em um futuro próximo, ou seja, a saída da empresa do mercado relevante.

A failing defense também pode ser aplicada com objetivo de defesa da livre concorrência, princípio constitucional, possibilitando na estrutura de mercado equilíbrio que permita os agentes competirem de forma tal a beneficiar a sociedade como um todo. Também é notório, a relação da failing firm defense com elementos sociais, apresentando soluções que nem sempre sejam tão eficientes do ponto de vista econômico, mas que objetivem uma maior estabilidade social

O princípio da preservação da empresa, que decorre da função social da empresa surge do entendimento de que a atividade econômica possui fundamental importância não apenas para os agentes econômicos, mas para a sociedade como um todo, envolvendo os trabalhadores, consumidores, Estado e a coletividade como um todo, assim seria viável compatibilizar a eficiência típica em um estudo antitruste para viabilizar a preservação da atuação da empresa no mercado.

A alternativa da failing firm ao buscar a manutenção dos ativos da empresa no mercado, homenageando o princípio da preservação da empresa, entende que a incorporação é solução melhor do que ver o fracasso da empresa, para todos, como os investidores, funcionários, consumidores e as comunidades envolvidas, que serão diretamente afetadas com a concentração, ou com a falta dela. Promovendo para além do fomento do mercado, como também princípios constitucionais fundamentais.

A failing firm defense surge como mais um mecanismo apto a resolver a situação de grave crise em que os ativos da firma sejam retirados do mercado. Os ativos possuem relevante valor não só econômico como também social, e em atenção a eles, ela deve ser a opção menos anticompetitiva e ao mesmo tempo hábil para resolver a questão. Não se trata apenas de mais uma solução de crise, mas sim da única alternativa viável em um contexto de crise gravíssima, na qual a rejeição desta opção geraria danos muitos maiores do que a adaptação que o mercado virá a sofrer com a concentração.

Assim, pode-se dizer que a failing firm defense contribui ao processo de constitucionalização, na busca por instrumentos que possam conceder aplicação ao conjunto da ordem econômica constitucional, no seu diálogo com os princípios da preservação da empresa e da livre concorrência, de tal sorte que objetivem enfatizar a identidade do direito da concorrência, sem descuidar da sua função de regular o poder econômico com parâmetros adequados e suficientes.

O fato é que, mesmo ainda prematura na jurisdição brasileira, a failing firm em muito pode servir para a promoção dos princípios constitucionais. Primeiro porque não se fala atualmente em qualquer ramificação do direito sem que ela esteja vinculada à Constituição, segundo porque a teoria da empresa em crise existe justamente para salvaguardar elementos de mercado (como também a ele mesmo) , protegidos na forma de princípios dentro da Constituição de 1988.

Desta forma, deve-se encarar a failing company como uma opção viável que se contrapõe a decretação da falência, e que corresponde a necessidade de proteção constitucional, por ser muito mais benéfica aos agentes, ao mercado e a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova Lei de recuperação de empresas e falências comentada. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 0016/1994. Relator: José Matias Pereira (ou Renault de Freitas Castro). Julgado em 29.03.1995 e em reapreciação em 26.10.1995. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D0000004445501456.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 0044/1995. Relator: Renault Freitas Castro. Julgado em 17.12.1997. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000471681709.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2015

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de concentração 0092/1996. Relator Marcelo Procópio Calliari. Julgado em 15.04.1998. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000161701256.pdf. >>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 0084/1996. Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva. Julgado em 12.08.1998. Disponível em: http://www.cade.gov.br/D_D00000016851884.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração: 08012007374/1997-34. Relator Arthur Barrionuevo Filho. Julgado em 30.09.1998. Disponível em:< http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000164861397>. Acesso em: 17 de novembro de 2015.

Conselho administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 08012.000002/2001-61. Relator Cleveland Prates Texeira. Julgado em 17.05.2004. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000415961152.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 08012.005205/199-68. Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Julgado em 01.06.2005. Disponível em: www.cade.gov.br/temp/D_D000000218291195.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 08012.007916/2006-67. Relator Ricardo Villas Boas Cueva. Julgado em 28.03.2007. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000269881265.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 08012.014340/2007 -75. Relator Luis Fernando Rigato Vasconcelos. Julgado em 13.02.2008. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000345181175.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 08012.000304/1998-81. Relator Luis Fernando Rigato Vasconcelos. Julgado em 23.07.2008. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000381651280.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 08012.000321/2010-67. Relator Ricardo Machado Ruiz. Julgado em 13.01.2010 Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/temp/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 08012.007520/2009-62. Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 25.01.2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000648031895.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 08012.004423/2009-18. Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 25.01.2011. Disponível em:< http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000611451501.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.>.

Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67325/69935>>. Acessado em 20 de agosto de 2015.

Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em 20 de agosto de 2015.

Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7666-22-junho-1945-416494-publicacaooriginal-1-pe.html>>>. Acessado em 10 de agosto de 2015.

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-6552006000200004&script=sci_arttext>

Disponível em < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?86b948d123f80f14e654e7>>

Disponível em < www.ftc.gov>.

EUROPEAN COMMISSION COMPETITION –ECC. EU Competition Law – Rules Applicable to Merger Control – Situation as at 1 april 2010 – Competition Handbooks. Disponível em : < http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

FEDERAL TRADE COMMISSION – FTC. Horizontal Mergers Guideline. Publicado em 2010. Disponível em: <[HTTP//ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf](http://ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf)>. Acesso em 1 de outubro de 2010.

FORGIONI, Paula A., "Os Fundamentos do Antitruste" São Paulo, Editora RT, 1998.

OLIVEIRA JÚNIOR, F.A.A de , A empresa em crise e o Direito da concorrência : a aplicação da teoria da failing firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência . 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília,. Orientador : Ana de Oliveira Frazão. p. 1- 159.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 12 ed. São Paulo : Malheiros , 207.

FRAZÃO, Ana . A função social da propriedade e o novo Código Civil Brasileiro. Estudos de Direito Público, Porto Alegre, 2003.

FRAZÃO, Ana (Org.) . Estudos de Direito Público - Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Síntese, 2003

FRAZÃO, Ana . Função social da empresa. Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 468p .

FRAZÃO, Ana. Propriedade e empresa – função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FRAZÃO, Ana; A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: Clemerson Merlin Cleve; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 139-158.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana de Oliveira. Direito Antitruste. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post- Chicago antitrust. In CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI , Roberto; DEN BERGH, Roger Van (Org.). Post – Chicago developments in antitrust law. Estados Unidos : Edward Elgar, 2002, pp 01-03.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – ICN. ICN Merger Guidelines Workbook. Publicado em 2006. Disponível em <http://www.Internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>
Acessado em 05 de outubro de 2015.

LA PORTA, Rafael; LÓPEZ – DE – SILANES, Florencio ; SHLEIFER, Andrei; VINISH, Robert. Law and Finance. *Journal of Political Economy*. Chicago, v. 106 , n. 6, Dec. 1998.

Leonard I. Rotman, *Debunking the "End of History" Thesis for Corporate Law*, 33 B.C. Int'l & Comp.L. Rev. 219 (2010), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol33/iss2/2>.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. (OCDE). Policy Roundtables – Failing Firm Defense – 2009. Paris, 1996. Disponível em: < [Http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf)>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

POSNER, Richard A. ANTITRUST LAW. 2. Ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

SALOMAO FILHO, C. . Atuação estatal e ilícito antitruste. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 106, n.36, p. 35-47, 1997.

SALOMAO FILHO, C. . sociedade anônima: interesse público e privado. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 127, n.41, p. 7-20, 2002.

SALOMAO FILHO, C. . Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: Celso Fernandes Campilongo. (Org.). Concorrência e regulação no sistema financeiro. 1ed.São Paulo: , 2002, v. 1, p. 129-147.

SALOMAO FILHO, C. . Recuperação de Empresas e Interesse Social. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes. (Org.). Comentários à lei de Recuperação de Empresas e Falência. 1ed.São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, v. 01, p. 41-52.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. 2012. Disponível em: < http://bclawreview.org/files/2012/03/04_stucke1.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). "Direito Administrativo Econômico", São Paulo, Malheiros Editores, 2000. p.161.

TEPEDINO . Normas Constitucionais e Relações Privadas. Revista de Direito, n. 5, p. 83-94, 2005.

TEPEDINO . Pessoa humana, direito civil e função social. XX Conferência Nacional dos Advogados: Anais 2008, v. 1, p. 115-130, 2008.

TEPEDINO . Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, p. 37-53, 2006

VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense 1993.